



*Ensino
por Ideal*

CURSO DE DIREITO

GUSTAVO MARCON

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

PITANGA – PARANÁ

2019

GUSTAVO MARCON

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito, Área das Ciências Sociais da Faculdade do Centro do Paraná – UCP, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.
Professor Orientador: Rodolfo Carvalho Neves dos Santos

PITANGA – PARANÁ

2019

M321i

Marcon, Gustavo.

Da inconstitucionalidade da desapropriação indireta / Gustavo Marcon, 2019

50 f.

Orientador: Rodolfo Carvalho Neves dos Santos

Monografia (Graduação) – Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná, Pitanga, 2019

1. Desapropriação indireta. 2. Ações possessórias. I. Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná. II. Título.

Feita pelo bibliotecário Eduardo Ramanauskas

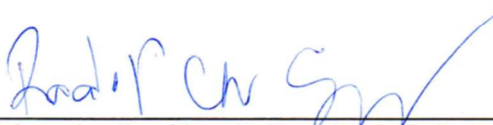
FACULDADE DE ENSINO SUPERIOR DO CENTRO DO PARANÁ

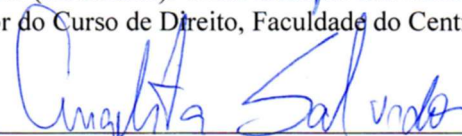
TERMO DE APROVAÇÃO

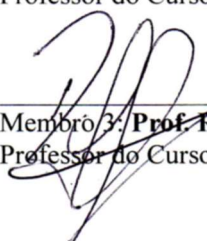
GUSTAVO MARCON

“DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA”

Trabalho de Curso aprovado com nota 10 (dez) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade do Centro do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:


Orientador (Presidente): **Prof. Rodolfo Carvalho Neves dos Santos**
Professor do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná


Membro 2: **Prof. Angelita Caroliny Vilela Salvador**
Professor do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná


Membro 3: **Prof. Renan Matheus Mendes**
Professor do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná

Pitanga, 5 de dezembro de 2019

*Dedico este trabalho a todos que
contribuíram direta ou indiretamente
em minha formação acadêmica.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram no decorrer desta jornada, em especial: a minha família e professores que prestaram auxílio durante esta caminhada.

Vivemos na lei e segundo o direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça. (Ronald Dworkin)

RESUMO

MARCON, Gustavo. **Da inconstitucionalidade da desapropriação indireta**, 2019, 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso. UCP – Faculdades do Centro do Paraná, Campus Pitanga, 2019.

O presente trabalho busca questionar a constitucionalidade do mecanismo conhecido como desapropriação indireta, visto que o mesmo se apresenta incompatível com a Constituição Federal, ao deixar de observá-la, não realizando prévio aviso ao particular/expropriado, bem como, a princípio, não prestar indenização ao mesmo. A discussão é abordada através da conceituação da desapropriação indireta e os requisitos para a configuração da mesma, sendo que a importância da supracitada indagação é ressaltada através do estudo da eficácia das ações possessórias, pois são um modo do particular se proteger do arbítrio estatal nesta situação. O método utilizado para o desenvolvimento da presente pesquisa, foi o dedutivo, utilizando-se da jurisprudência, legislação e, principalmente, doutrina. Durante o trabalho concluiu-se que a desapropriação indireta é de fato inconstitucional, pois não segue o trâmite exposto na Constituição Federal, violando o devido processo legal e os princípios que dele derivam, além de não realizar o procedimento desapropriatório correto, previsto na própria Constituição. Tal conclusão ganhou apoio devido a ineficácia das ações possessórias ante ao arbítrio estatal.

Palavras-chave: Desapropriação indireta. Ações Possessórias. Constitucionalidade.

ABSTRACT

MARCON, Gustavo. **the unconstitutionality of indirect expropriation**, 2019, 50 f. Completion of course work. UCP - Colleges of Central Paraná, Campus Pitanga, 2019.

This paper seeks to question the constitutionality of the mechanism known as indirect expropriation, since it is incompatible with the Federal Constitution, by failing to observe it, not giving prior notice to the private / expropriated, as well as, in principle, not providing indemnity to it. The discussion is approached through the conceptualization of indirect expropriation and the requirements for its configuration, and the importance of the aforementioned inquiry is emphasized through the study of the effectiveness of the possessive actions, as they are a way for the private to protect itself from state agency in this situation. The method used for the development of this research was the deductive one, using the jurisprudence, legislation and, mainly, doctrine. During the work it was concluded that indirect expropriation is in fact unconstitutional, as it does not follow the procedure set forth in the Federal Constitution, violating the due process of law and the principles that derive from it, besides not performing the correct expropriation procedure provided for in the Constitution itself. This conclusion gained support due to the ineffectiveness of the possessive actions before state agency.

Keywords: Indirect expropriation. Possessory Actions. Constitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição Federal

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	11
1.1 JUSTIFICATIVA.....	11
1.2 OBJETIVOS.....	11
1.2.1 Objetivo Geral.....	11
1.2.2. Objetivos Específicos.....	11
2. REFERENCIAL TEÓRICO.....	13
2.1 REQUISITOS DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA.....	13
2.2 DA INEFICÁCIA DAS AÇÕES POSESSÓRIAS ANTE A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA.....	25
2.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA.....	36
3. MÉTODO.....	45
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

1.INTRODUÇÃO

1.1. JUSTIFICATIVA

A motivação para a realização deste trabalho foi a de entender os requisitos que caracterizam a desapropriação indireta e a constitucionalidade desta, analisando o entendimento da jurisprudência atual, doutrina e legislação, verificando através destes se a tolerância da prática deste mecanismo em prol da coletividade de fato é benéfica a sociedade ou apenas gera insegurança jurídica.

Nesta via, a desapropriação indireta, fundamentando-se na consumação do fato, ou seja, na afetação do bem apossado, sem qualquer tipo de aviso prévio ao expropriado. Assim, se demonstra irregular e ilegal, pois não observa o devido processo administrativo e judicial inerente a desapropriação.

Portanto, busca-se entender, se tal mecanismo é benéfico à coletividade ou se o descumprimento do devido processo legal gera insegurança ao particular, e até mesmo a própria coletividade, tendo em vista que direitos fundamentais são ameaçados pelo próprio Estado.

1.1.1. Problema de pesquisa

A desapropriação indireta fere direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal?

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo geral

Compreender se há inconstitucionalidade no instituto da desapropriação indireta.

1.2.2. Objetivos específicos

A) Compreender os fundamentos jurídicos positivados referentes a desapropriação indireta.

B) Analisar os métodos de defesa do expropriado, ante a imposição desapropriatória.

C) Verificar se a desapropriação indireta pode ser considerada inconstitucional devido às suas especificidades.

2.REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 REQUISITOS DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

O primeiro capítulo tem como finalidade expor os vícios da prática da desapropriação indireta no caso concreto, fazendo uma comparação entre a desapropriação comum e a indireta, tendo como finalidade, demonstrar a ausência do devido processo legal, como consequência da inexistência da fase declaratória na desapropriação indireta, além das demais imperfeições oriundas desta prática.

Para a compreensão da intervenção do Estado na propriedade é necessário entender o que é o direito à propriedade, consagrado na Constituição Federal, em seu art. 5, inciso XXII, que dispõe: “é garantido o direito de propriedade” (BRASIL, 1988).

Trata-se de uma garantia constitucional e de direito fundamental¹, que assegura ao seu detentor as prerrogativas de usar, fruir, dispor e reaver a coisa dominada, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p.163):

Sabe-se que a propriedade é o direito individual que assegura a seu titular uma série de poderes cujo conteúdo constitui objeto do direito civil; compreende os poderes de usar, gozar e dispor da coisa.

Seguindo adiante, serão abordadas as características da propriedade (caráter exclusivo, absoluto e perpétuo), consistindo estas, em prerrogativas do proprietário, advindas do direito à propriedade, já mencionado acima, também demonstrando as limitações destas prerrogativas.

Concernente ao caráter exclusivo da propriedade, este refere-se à possibilidade de o particular opor o seu direito à propriedade perante terceiros, impondo aos demais, o dever de respeitarem tal direito, neste sentido Matheus Carvalho (2018, p.1015):

O caráter exclusivo do direito de propriedade demonstra sua oponibilidade erga omnes. Assim, o direito de propriedade poderá ser livremente exercido pelo particular sem a oposição de terceiros, ensejando a obrigação, a toda a sociedade, de respeitar a sua utilização.

¹ Direito é uma declaração da existência legal deste, enquanto garantias são aquelas que asseguram o cumprimento dos direitos, limitando o poder estatal (Ruy Barbosa, apud SILVA, 2018, p.416). No caso em questão, a propriedade é tanto um direito quanto uma garantia, pois, declara a existência legal do direito à propriedade e também garante o cumprimento deste ao limitar o poder estatal, impedindo que o Estado atue de maneira arbitrária em relação ao proprietário, exemplo disto, é a desapropriação, onde o ente estatal deve fundamentar a necessidade de tal procedimento e indenizar de maneira prévia e justa o expropriado, não o deixando desamparado.

Ademais, apesar da propriedade ser um direito exclusivo, para Flavio Tartuce, a propriedade envolve interesses indiretos de outras pessoas e até mesmo da sociedade em si, visto que, estes almejam que a propriedade cumpra a sua função social (2018, p.1036).

Por sua vez, o caráter absoluto, é a possibilidade de utilização do bem por parte do proprietário, da forma que melhor lhe convier, desde que respeite os limites impostos pelo ordenamento jurídico, neste viés Matheus Carvalho (2018, p.1015):

O caráter absoluto repousa na possibilidade de utilização do bem objetivo de direito, da forma que melhor lhe aprouver. Ou seja, o proprietário do bem terá ampla liberdade de utilização deste bem, desde que não cause prejuízos a terceiros ou viole direitos e garantias dos demais cidadãos.

No que diz respeito ao caráter absoluto da propriedade, é necessária uma ressalva, porque, não mais consiste em um direito absoluto, devendo a função social da propriedade ser atendida, conforme dispõe o art. 5, inc. XXIII da Constituição Federal: “a propriedade atenderá a sua função social” (BRASIL, 1988).

Em continuidade ao exposto, em regra o direito à propriedade detém caráter absoluto, mas deve ser relativizado em determinadas situações, visto que detém limitações claras, como por exemplo a função social acima mencionada, todavia, a propriedade também pode ser relativizada quando se defrontar com outro direito fundamental protegido pela Constituição Federal, neste sentido Flavio Tartuce (2018, p.1036):

A propriedade deve ser relativizada se encontrar pela frente um outro direito fundamental protegido pelo Texto Maior. Por isso é que se pode dizer que a propriedade é um direito absoluto, regra geral, mas que pode e deve ser relativizado em muitas situações.

Em suma, o direito à propriedade detém prerrogativas inerentes ao seu exercício, devendo ser evitada a supressão do mesmo por parte do Estado, dado que, trata-se de direito fundamental, tal como define a Carta Magna. Entretanto a lei pode regulamentar tal direito, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p.163), atualmente prevalece o princípio da função social da propriedade, que autoriza a imposição de obrigações de fazer, de não fazer e às de deixar de fazer, sendo exemplo de obrigação de fazer a adequada utilização do solo, como prevê o artigo 182, §4º, da Constituição federal.

No que diz respeito a função social da propriedade, para José dos Santos Carvalho Silva (2017, p.844), a função social detém um conceito indeterminado, contudo, a Constituição Federal impôs alguns parâmetros para dar objetividade a tal noção, fixados no plano diretor, conforme art.182, §2º da Constituição Federal.

Nesta mesma linha, para Alexandre Mazza (2017, p.907), a função social da propriedade é atendida quando a propriedade atende aos requisitos expressos no plano diretor, conforme o art.182 da Constituição Federal.

Nesta mesma vertente, importa demonstrar o supracitado artigo, nos termos da Constituição Federal, em seu art.182, §2: “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, a função social da propriedade não detém um conceito determinado, mas sabe-se que o proprietário deve cumprir com o exposto no plano diretor, pois, caso não o faça, a sua propriedade não estará atendendo a sua função social.

Por fim, o caráter de perpetuidade se refere a imprescritibilidade do direito de propriedade, devendo este perdurar até a transmissão da propriedade, seja pela morte do proprietário ou através de um ato *Inter vivos*, nesta via para Matheus Carvalho (2018, p.1016) “ o caráter de perpetuidade decorre do fato de que o exercício deste direito não se dá com prazo definido, devendo a qualidade de proprietário durar até que haja a transferência a outrem, *mortis causa* ou por ato *Inter vivos*”.

Para melhor elucidação do caráter da perpetuidade da propriedade, para Flavio Tartuce (2018, p.1036), tal característica pode ser comparada a um motor em constante funcionamento, que não para, em regra, a não ser que surja um fato novo que interrompa o seu funcionamento.

Adiante, é importante entender a maneira pela qual o Estado intervém na propriedade privada, porque, o modo de intervenção indica tanto se o particular permanecerá com sua propriedade, quanto a extensão da intervenção estatal nesta, apontando, também, a fundamentação utilizada pelo Estado para tais intervenções.

Neste sentido, existem dois tipos de modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada trazidas pela doutrina, sendo elas a supressiva e a restritiva. A primeira delas, acontece nos casos em que o Estado transfere a propriedade do particular para si, suprimindo o direito de propriedade anteriormente existente, nesta

linha, para José dos Santos Carvalho Silva (2017, p.844), a intervenção supressiva, é aquela em que o Estado, a partir da supremacia do interesse público sob o privado, transfere coercitivamente a propriedade de terceiro para si, suprimindo o direito à propriedade do antigo proprietário.

Noutra via, a intervenção restritiva, é aquela em que o Estado impõe limitações a propriedade do particular, neste sentido para Matheus Carvalho (2018, p.1018), na intervenção restritiva não ocorre a supressão da propriedade do particular, mas sim, restrições e limitações ao uso da propriedade, conseguinte, o particular mantém a propriedade, ficando apenas sujeito a limitações na mesma, impostas pelo Estado, que visam a satisfação da coletividade.

Neste giro, nota-se que a modalidade de intervenção contida na desapropriação é a supressiva, dado que é coercitiva e retira do particular a sua propriedade. Não apenas impondo restrições ou condicionamentos a ela, em conformidade com o explanado, para Ricardo Alexandre João de Deus (2017, p.879), apenas a desapropriação dentre as formas de intervenção do Estado na propriedade privada, tem o condão de retirar a propriedade do particular, tratando-se de uma intervenção supressiva, que é a forma mais drástica de intervenção do Estado na propriedade privada.

Fundamenta-se a desapropriação no princípio da supremacia do interesse público sob o privado, pois, em detrimento do particular, a coletividade acaba se beneficiando, nesta ideia Hely Lopes Meirelles (2004, p.101):

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.

Haja vista o exposto durante o capítulo, observa-se que ao entender o que é o direito à propriedade e como o Estado intervém neste direito, chega-se à conclusão lógica de que há um procedimento para que ocorra tal interação, a seguir, será abordado de modo mais profundo tal procedimento, conhecido como desapropriação, que nada mais é do que a intervenção supressiva do Estado sob a propriedade privada.

Nessa continuidade, a desapropriação é o meio pelo qual o Estado retira a propriedade do particular, e a incorpora ao patrimônio público, em regra, visando o

bem coletivo. Neste caminho para Ricardo Alexandre João de Deus (2017, p.879), a desapropriação nada mais é do que a transferência coercitiva realizada pelo Poder Público, onde este retira a propriedade do particular e traz para si, fundamentando-se no interesse público.

Importa ressaltar, que ao realizar a incorporação do bem expropriado ao patrimônio público, este bem não deterá nenhum ônus, em consonância com tal entendimento para Matheus Carvalho (2018. p.1018), a desapropriação tem como uma de suas características ser forma originária de aquisição da propriedade, ou seja, é como se o Poder Público fosse o primeiro proprietário, não havendo, qualquer tipo ônus inerente a ela.

Ademais, no que diz respeito ao objeto da desapropriação, é preciso ressaltar que esta somente recai sobre bens que contenham conteúdo patrimonial, sejam móveis ou imóveis, conforme Ricardo Alexandre João de Deus (2017, p.884):

Em regra, qualquer bem dotado de valoração patrimonial pode ser desapropriado, seja móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo. Também se admite a desapropriação do espaço aéreo, do subsolo e das ações, cotas ou direitos relativos ao capital de pessoas jurídicas.

A conclusão lógica retirada da afirmação acima, é a de que os bens que não detém conteúdo econômico, não são passíveis de desapropriação, tal como é o caso dos direitos da personalidade, sendo que tal assunto será abordado adiante.

No prosseguimento do exposto acima, percebe-se que alguns bens não são suscetíveis de desapropriação, no tocante ao assunto, para Ricardo Alexandre João de Deus (2017, p.884), nem todos os bens são suscetíveis à desapropriação, existindo hipóteses de impossibilidade de aplicação da desapropriação, dividindo-se em duas espécies, sendo elas, às impossibilidades jurídicas e as materiais.

As impossibilidades jurídicas, são aquelas oriundas do ordenamento jurídico, que em determinadas situações impõem limites a desapropriação. Neste sentido, no ver de Ricardo Alexandre João de Deus (2017, p.884), impossibilidades jurídicas nada mais são do que proibições advindas da constituição ou da lei, que limitam o poder desapropriatório do Estado, não permitindo que tal fenômeno ocorra a determinados bens, exemplo disto, é a desapropriação da pequena e média propriedade rural, que não pode ser objeto de desapropriação para fins de reforma agrária, tal como preceitua o art.185,I, da Constituição Federal.

Por seu turno, as impossibilidades materiais, dizem respeito a natureza do bem ou direito, como os direitos personalíssimos, que não detêm conteúdo patrimonial. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.768), as impossibilidades materiais não se definem pelo seu conteúdo patrimonial, pois são projeções do direito da personalidade do indivíduo ou expressões de seus status jurídicos, como a cidadania.

Outra ressalva, é de que a moeda corrente do País não pode ser desapropriada, tendo em vista que é através dela que ocorre a indenização, entretanto, é possível a desapropriação de dinheiro estrangeiro ou moedas raras, nesta via para Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.769):

Não se desapropria o dinheiro, moeda corrente do País, por ser este o próprio meio de pagamento do bem expropriado. Todavia, dinheiro estrangeiro ou moedas raras podem ser desapropriados.

A partir de agora, serão apresentados os pressupostos da desapropriação, que à legitimam e são utilizados como fundamento pelo Poder Público para efetuar a desapropriação, como será exposto no seguimento do capítulo.

Para que a desapropriação ocorra de modo legítimo, é necessário que dois pressupostos que a fundamentam sejam atendidos cumulativamente, sendo estes o interesse público e o pagamento da indenização, que deve ser feita de maneira prévia e justa, neste entendimento Matheus Carvalho (2018, p.1020):

Para que a desapropriação seja executada de forma legítima, se faz necessária a presença de dois pressupostos cumulativos, quais sejam, o interesse público – que pode se manifestar por meio de demonstração de utilidade ou necessidade pública e ainda em razão de interesse social – e o pagamento da indenização, pelo ente estatal, que deve, como regra, ser prévia à imissão na posse, justa e em dinheiro.

Nesta via, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXIV dispõe:

A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

Aprofundando-se em tais pressupostos, na utilidade pública, o ente público, necessariamente, utilizará diretamente o bem expropriado, em concordância com o exposto, para Matheus Carvalho (2018, p.1021), compreende-se como de utilidade pública, a situação em que o ente público terá de utilizar o bem diretamente, para uma

obra pública ou para a prestação de um determinado serviço, devendo a situação ser regulamentada pelo Decreto – Lei 3.365/41.

Outrossim, a necessidade pública, se situa nas mesmas hipóteses da utilidade pública, porém, acrescidas de urgência, neste sentido para Hely Lopes Meirelles (2004, p.585), a necessidade pública surge quando a administração pública enfrenta situações de urgência e para resolvê-las necessita transferir de maneira imediata o bem de terceiro para si, a fim de resolver a situação de maneira adequada.

Por sua vez, o interesse social como o próprio nome indica, está relacionado com a função social da propriedade, ou seja, visa a diminuição das desigualdades sociais, neste viés para José dos Santos Carvalho Silva (2017, p.878):

O interesse social consiste naquelas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade. O Poder Público, nesses casos, tem preponderantemente o objetivo de neutralizar de alguma forma as desigualdades coletivas. Exemplo mais marcante é a reforma agrária, ou o assentamento de colonos.

Adiante, serão abordadas as fases da desapropriação, que devem ser respeitadas em uma desapropriação ordinária, apesar disso, o mesmo não se repete na desapropriação indireta, logo, é necessário entender como estas fases ocorrem e quais são as suas finalidades.

Neste alinhamento, a desapropriação é um procedimento composto por duas fases, a primeira é a fase declaratória, que como o próprio nome indica, o Estado declara seu interesse no bem (imóvel ou móvel), fundamentando tal declaração e obedecendo os pressupostos acima mencionados, nesta ideia segundo Dirley da Cunha (2013, p.445):

A fase declaratória é aquela que dá início e deflagra o procedimento expropriatório, sem a qual este não tem tramitação regular. É preciso esclarecer que, com ela, ainda não há transferência do bem, que permanece com o proprietário, com todos os poderes inerentes ao direito de propriedade. Essa fase, portanto, é pressuposto de uma regular desapropriação: sem a declaração expropriatória não é possível passar para a fase executória.

Como exposto acima, inexistindo a primeira fase, não há o que se falar em segunda fase, pois, trata-se de pressuposto de uma desapropriação regular.

Noutro giro, a fase executória, consiste na efetiva integração do bem declarado de interesse público ao patrimônio público, seja coercitivamente ou de maneira amigável, neste sentido segundo Dirley da Cunha (2013, p.447):

A fase executória compreende atos pelos quais se efetiva a transferência do bem expropriado, com a sua integração ao patrimônio público. Podem executar a desapropriação tanto as entidades jurídicas competentes para sua declaração (ato declaratório da expropriação) como as entidades que agem por delegação do Poder Público.

Como já mencionado, esta fase pode ser tanto amigável, quanto coercitiva, em outras palavras, extrajudicial ou judicial. No tocante à amigável, para Dirley da Cunha (2013, p.448), ocorre de maneira amigável quando existe acordo entre as partes no que diz respeito ao valor indenizatório, tratando-se de imóvel, lavra-se termo de acordo e posteriormente registra-se o bem no cartório de registro de imóveis.

Já na fase judicial, inexistente acordo entre as partes, entrando estas em conflito no que diz respeito ao valor da indenização, por isso, não resta alternativa às partes a não ser procurar o judiciário para a resolução do conflito, nesta linha segundo Dirley da Cunha (2013, p.447) “não havendo acordo quanto ao valor da indenização, outra alternativa não resta ao Poder Público senão a via judicial”.

Neste viés, é perfeitamente possível que o expropriado concorde com a desapropriação e aceite a indenização proposta pelo Estado.

A partir deste momento, será analisada a desapropriação indireta, abordando seu conceito e requisitos para a sua configuração, apontando às suas irregularidades e as possibilidades do expropriado ante a intervenção do Estado na sua propriedade, através da desapropriação indireta.

Partindo para a desapropriação indireta e seus fundamentos, primeiramente é necessário um conceito sobre a mesma, para Dirley da Cunha (2013, p.461), a desapropriação indireta é aquela que se sucede sem a observância das formalidades legais, sendo nada mais do que um esbulho estatal, ocorrendo nos casos em que o Poder Público intervém na propriedade privada e pratica atos de domínio nesta área, sem qualquer tipo de indenização ou prévio título. Tratando-se, portanto, de um ato ilícito, que dá ao expropriado o direito de defender-se através de ações possessórias.

Como dito, o Estado retira a propriedade do indivíduo sem observar a fase declaratória anteriormente mencionada, gerando a irregularidade do processo desapropriatório.

Salienta-se, que a desapropriação pode ser parcial, ou seja, apenas a parte que interessa ao Estado será retirada do particular, satisfazendo as necessidades da coletividade, todavia, tal ato pode ter como consequência o esvaziamento do conteúdo

econômico do restante da propriedade expropriada, lesando o particular. No tocante a tal assunto (MARÇAL, 2010, p.640):

Há hipóteses em que a desapropriação versa sobre uma parcela do imóvel privado – apenas a parte necessária à satisfação das necessidades que justificam e legitimam o ato expropriatório. Em tais hipóteses, pode ocorrer que a parte remanescente do bem se torne inútil ou de difícil utilização. A configuração da inutilidade ou do agravamento da utilização depende das circunstâncias do caso concreto.

Caso tal fato ocorra, surge o chamado direito de extensão, que nada mais é do que a possibilidade do expropriado de requerer que o restante de seu imóvel também seja afetado pela desapropriação e, conseqüentemente, seja devidamente indenizado pela totalidade de sua propriedade, nesta vertente (MARÇAL, 2010, p.640) “em tais casos, será assegurado ao particular o direito de extensão da desapropriação às frações do imóvel que se tornarão inúteis ou de difícil utilização”.

Ademais, a jurisprudência vem fixando determinados requisitos para a caracterização da desapropriação indireta no caso concreto, neste sentido o relator Ministro Teori Albino Zavascki (BRASIL, 2005):

ADMINISTRATIVO. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR (DECRETOESTADUAL 10.251/77). DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESSUPOSTOS: APOSSAMENTO, AFETAÇÃO À UTILIZAÇÃO PÚBLICA, IRREVERSIBILIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. 1. O depósito de multa por litigância de má-fé não é pressuposto de admissibilidade do recurso subsequente, especialmente quando imposta contra a Fazenda Pública. 2. A interposição de recurso incabível não se identifica, por si só, com litigância de má-fé ou com intuito protelatório. Num e noutro caso, para imposição de multa, é indispensável a agregação de causa específica. 3. A chamada "desapropriação indireta" é construção pretoriana criada para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades, nas hipóteses em que a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público. 4. Para que se tenha por caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro), coma conseqüente transferência compulsória do domínio ao Estado, é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: (a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação. 5. No caso concreto, não está satisfeito qualquer dos requisitos acima aludidos, porque (a) a mera edição do Decreto 10.251/77 não configura tomada de posse, a qual pressupõe necessariamente a prática de atos materiais; (b) no plano jurídico-normativo, muito pouco foi inovado, com a edição do Decreto, em relação ao direito de propriedade da autora, cujo conteúdo era delimitado por normas constitucionais (arts. 5º, XXII e XXIII, 170 e 225) e pela legislação ordinária (Código Florestal, Lei de Parcelamento do Solo), tendo o citado

Decreto apenas declarado de utilidade públicas as áreas particulares compreendidas no Parque por ele criado, tornando-as passíveis de ulterior processo expropriatório o qual, no entanto, no que se refere às terras da autora, jamais veio a se concretizar. 6. Não se pode, salvo em caso de fato consumado e irreversível, compelir o Estado a efetivar a desapropriação, se ele não a quer, pois se trata de ato informado pelos princípios da conveniência e da oportunidade. 7. Fica ressalvado à autora o direito de, em ação própria, pleitear do Estado de São Paulo indenização dos prejuízos reais e efetivos que porventura lhe tenham sido causados pela edição do Decreto 10.251/77, nomeadamente os que poderiam ter decorrido de novas ou indevidas limitações à sua propriedade, diversas ou maiores das que já existiam por força da legislação federal. 8. Recurso especial provido.

Em consonância ao exposto, é necessário compreender tais requisitos que a caracterizam, pois, faltando estes, inexistente desapropriação indireta no caso concreto.

Neste sentido, o primeiro requisito acima exposto é o apossamento do bem pelo ente estatal, consistindo na tomada da posse do imóvel sem nenhuma notificação prévia ao proprietário, conforme José dos Santos Carvalho Filho (2017, p.963) “apossamento administrativo é o fato administrativo pelo qual o Poder Público assume a posse efetiva de determinado bem”.

Além do mais, é possível que ocorra o apossamento sem que deste necessariamente tenha como resultado a desapropriação indireta, como nos casos em que a propriedade pertence a um ente público “maior”, não podendo o ente público “menor” desapropriar tal imóvel, mas sim, apenas se apossar da propriedade, neste sentido conforme José dos Santos Carvalho Filho (2017, p.963):

O apossamento administrativo pode implicar, simultaneamente, a desapropriação indireta do bem: nesse caso, haverá a perda da propriedade juntamente com a da posse, sejam os mesmos ou diversos os titulares dos respectivos direitos. Poderá, contudo, ocorrer, embora mais raramente, apenas o apossamento sem a perda da propriedade. É o caso em que a propriedade pertence a uma entidade política maior, como por exemplo o Estado, e o apossamento for perpetrado contra titulares da posse por entidade política menor, v. g., o Município. Como este não pode desapropriar bens daquele (art. 2º, § 2º, Decreto-lei no 3.365/1941), sua ação limitar-se-á ao apossamento administrativo.

Em suma, é necessário que o Estado detenha a posse de fato do bem, sendo que, neste caso, ocorre sem a anuência ou notificação do particular.

O segundo requisito é a afetação do bem imóvel, ou seja, é dada a sua destinação à utilização pública, podendo ser de uso comum ou especial, nesta linha para Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.805) “a afetação é a preposição de

um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como desafetação é sua retirada do referido destino”.

Por sua vez, o terceiro requisito é o da irreversibilidade da situação fática, neste caso já ocorreu o apossamento e a afetação do bem, sendo que a destinação dada ao se afetar o bem foi concretizada. Após tal ponto, restará ao expropriado a possibilidade de pleitear perdas e danos, não podendo mais reaver à sua propriedade, nesta linha o Decreto – Lei 3.365/41 (BRASIL, 1988):

Art.35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perda e danos.

Tendo em vista o exposto, observa-se que cabe ao expropriado apenas a possibilidade de discutir a respeito de perdas e danos, ou seja, o valor da indenização referente a perda de seu imóvel expropriado.

Por este motivo, surgiram três correntes, que discutem sobre as possibilidades do expropriado ante à incorporação do seu bem ao patrimônio público, em concordância Dirley da Cunha (2013, p.463):

A proposito disso, surgiram 3 correntes: uma que admite a retomada do bem (natureza real), outra que só vislumbra a possibilidade de o expropriado pedir perda e danos (natureza pessoal) e, finalmente, outra que aceita a faculdade do expropriado reivindicar o bem ou requerer perdas e danos (natureza mista).

A primeira corrente consiste na ideia de que a retrocessão permanece existente como direito real, podendo, o ex-proprietário reaver o bem pelo mesmo valor em que foi indenizado devido à desapropriação, neste entendimento Dirley da Cunha (2013, p.464):

Na primeira corrente, há as posições de Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella Júnior, Seabra Fagundes e Pontes de Miranda que defendem a tese de que a retrocessão permanece como direito real, consistente no poder de o ex-proprietário reaver o bem pelo mesmo preço pelo qual foi desapropriado, com fundamento no direito fundamental de propriedade, que só pode ser limitado por ato fundado no interesse público. Consoante a esta corrente, a norma do art.35 do DL 3.365/41 somente é aplicável se a desapropriação atendeu aos requisitos constitucionais.

Por sua vez, a segunda corrente, sustenta que a retrocessão não permanece como direito real do proprietário, devendo então o proprietário, conformar-se com

perdas e danos, não havendo a possibilidade de reaver a propriedade expropriada, nesta via Dirley da Cunha (2013, p.464):

Na segunda corrente, encontram-se Hely Lopes Meirelles e Clóvis Beviláqua, para os quais a retrocessão não existe mais como direito real de reivindicar o imóvel de volta, mas tão-somente como direito pessoal de pleitear perdas e danos, em face do que dispunha o art.1.150 do Código Civil de 1916.

Por fim, a terceira corrente, dispõe a respeito da natureza mista, ou seja, é de acordo com a preferência do expropriado, podendo ele requerer, tanto a retrocessão, quanto perdas e danos, neste rumo Dirley da Cunha (2013, p.464):

Na terceira, situa-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem o direito de retrocessão é um direito de natureza mista, uma vez que cabe ao expropriado o direito real de exigir de volta o bem ou, se preferir, o direito pessoal de exigir perdas e danos.

Ademais, com a ascensão do novo Código Civil de 2002, a segunda corrente passou a ser o entendimento adotado, podendo o expropriado (caso o ente não concretize a destinação dada ao bem) reaver a propriedade pelo preço atual da mesma, visto que detém o direito de preferência, entretanto, caso seja concretizada a destinação do bem, cabe ao expropriado somente perdas e danos, neste sentido Dirley da Cunha (2013, p.465):

Reverendo posição anterior, entendemos mais razoável a segunda corrente, sobretudo em face da nova disciplina dada ao tema pelo art.519 do Código Civil de 2.002, segundo o qual se o bem desapropriado não tiver o destino para que se desapropriou, caberá ao expropriado o direito de preferência pelo preço atual da coisa. Desse modo, verifica-se que o dispositivo em comento não mais determina que o poder público ofereça o bem ao desapropriado (como fazia o revogado art.1.150 do CC/16), apenas assegurando ao expropriado o direito pessoal de preferência, pelo preço atual da coisa.

Nesta linha, a desapropriação indireta não gera o direito a retrocessão, mas apenas, perdas e danos. Ressalta-se que se configura está inalterabilidade quando os requisitos anteriormente apresentados estejam presentes.

Por fim, a desapropriação não ocorre apenas por intermédio do apossamento administrativo, existe a possibilidade de o Estado mascarar a desapropriação indireta através de intervenções restritivas à propriedade, conforme Matheus Carvalho (2018, p.1047):

É comum vislumbrar a desapropriação indireta em situações nas quais o Estado disfarça a retirada do bem, sob a alegação de estar incidindo

intervenções restritivas de propriedade. Isso porque, se a intervenção restritiva impede o uso do bem pelo particular, ela configura verdadeira desapropriação. Nestes casos, é possível que esta desapropriação seja disfarçada de tombamento ou de servidão.

Ante ao exposto neste capítulo, ao realizar a comparação entre a desapropriação convencional e a indireta, chegou-se à conclusão de que na segunda, há uma clara irregularidade com o trazido no ordenamento jurídico, pois, sequer há fase declaratória, e a princípio inexistente indenização, cabendo ao particular pleiteá-la. Portanto, tal instituto não presta observância ao devido processo desapropriatório previsto na CF em seu art. 5º, XXIV.

2.2 DA INEFICÁCIA DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS ANTE A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Como visto, entende-se que a desapropriação indireta nada mais é do que uma espécie de esbulho estatal, praticado pelo ente federativo ao particular. Nesta ideia, caso o proprietário visualize a ocorrência de esbulho estatal ou a iminência do mesmo em sua propriedade, poderá utilizar-se dos mecanismos processuais pertinentes para impedir a invasão, como, por exemplo, através do interdito proibitório nos casos em que haja ameaça de esbulho ou por intermédio de ação de reintegração de posse, quando já tenha-se ocorrido o esbulho efetivamente. Nesta via, para Matheus Carvalho (2018, p.1047):

Caso o proprietário presencie o esbulho estatal, ele pode se valer dos institutos processuais cabíveis a impedir esta invasão, tais como o interdito proibitório, em casos de ameaça de esbulho e, até mesmo, a ação de reintegração de posse, nas situações em que o ente estatal já tenha efetivamente esbulhado seu bem.

Inicialmente, tendo em vista que tais ações dizem respeito à posse, torna-se necessário entender o que é a posse, para, somente então, compreender em quais situações são cabíveis tais ações e quem pode propô-las. Para se entender o conceito de posse, exige-se estudo prévio das duas teorias justificadoras da proteção possessória, concebidas por Savigny e Lhering.

De acordo com a primeira teoria, concebida por Savigny, e denominada como teoria subjetiva, a posse pode ser definida como o poder imediato que detém a pessoa para dispor fisicamente de um bem, havendo concomitantemente com esta

disposição, a intenção do possuidor de agir como se fosse o proprietário da coisa, nesta ideia para Maria Helena Diniz (2012, p.48):

A teoria subjetiva, de Savigny, define a posse como o poder direto ou imediato que tem a pessoa de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja.

Para esta concepção, a posse é constituída por dois elementos, sendo eles o animus e o corpus, consistindo o animus na intenção do indivíduo de exercer seu direito de posse como se proprietário fosse. Já o corpus, nada mais é do que o poder físico sobre a coisa, ou seja, o poder material sobre ela, segundo Maria Helena Diniz (2012, p.48):

Para esta concepção, dois são os elementos constitutivos da posse: o corpus e o animus rem sibi habendi. O corpus é o elemento material que se traduz no poder físico sobre a coisa ou na mera possibilidade de exercer esse contato, ou melhor, na detenção do bem ou no fato de tê-lo à sua disposição. O animus domini consiste na intenção de exercer sobre a coisa o direito de propriedade.

Importa ressaltar que a falta de um destes elementos ocasiona à inexistência jurídica da posse, visto que, se apenas o elemento animus estiver presente, a posse consistirá apenas no querer, ou seja, apenas na psique do indivíduo. Por outro lado, se existir unicamente o corpus, o que há, é a detenção, que não se caracteriza como posse jurídica. Para Maria Helena Diniz (2012, p.48), se houver apenas animus, a posse será tida como elemento de natureza psíquica e, portanto, não interessa ao direito, agora se somente houver corpus, o que se há, é a mera detenção, ou seja, “posse natural” e não jurídica.

Logo, para esta teoria, somente pode ser considerado possuidor o indivíduo que detém o animus domini, em outras palavras, o possuidor necessariamente deve ter a intenção de ser o proprietário da coisa. Na ausência deste elemento, como já exposto, o indivíduo é mero detentor, neste entender Flavio Tartuce (2018, p 990):

A posse, para essa teoria, possui dois elementos: a) o corpus – elemento material ou objetivo da posse, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa; b) animus domini, elemento subjetivo, caracterizado pela intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade. Diante do segundo elemento, para essa teoria, o locatário, o comodatário, o depositário, entre outros, não são possuidores, pois não há qualquer intenção de tornarem-se proprietários.

Por fim, ressalta-se que tal teoria não é a adotada pelo ordenamento jurídico atualmente, nas lições de Flavio Tartuce (2018, p 990), em regra tal teoria não foi adotada pelo Código Civil de 2002, até porque o comodatário, locatário e depositários são considerados possuidores. Tendo relevância atualmente somente no caso da usucapião.

Por outro lado, a teoria objetiva, criada por Rudolf Von Lhering. Considerada objetiva porque para que exista a posse, basta o elemento corpus, não sendo necessária a existência do animus, ou seja, o elemento subjetivo é descartável. Neste raciocínio:

A teoria de Rudolf Von Lhering é por ele próprio denominada objetiva porque não empresta à intenção, ao animus, a importância que lhe confere a teoria subjetiva. Considera-o como já incluído no corpus e dá ênfase, na posse, ao seu caráter de exteriorização da propriedade. Para que a posse exista, basta o elemento objetivo, pois ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa (GONÇALVES, 2012, p.51).

Nesta vertente, o que é relevante, é o uso econômico ou a destinação socioeconômica do bem, pouco importando o elemento volitivo anteriormente trazido pela teoria subjetiva, visto que qualquer indivíduo é capaz de reconhecer a posse através do modo como o proprietário age em relação ao bem, nesta linha para Maria Helena Diniz (2012, p.49) “para Lhering o que importa é o uso econômico ou destinação socioeconômica do bem, pois qualquer pessoa é capaz de reconhecer a posse pela forma econômica de sua relação exterior com a pessoa”.

Complementa Flavio Tartuce, para esta teoria, dentro do elemento corpus está uma intenção, porém, não é o animus de ser proprietário, mas sim, a intenção de explorar a coisa economicamente (2018, p.990).

Define-se assim a posse, nesta teoria, como a exteriorização da relação entre o proprietário e o bem. Para Maria Helena Diniz (2012, p.52), a posse é a visibilidade da propriedade, é a relação exterior intencional que existe entre o proprietário e a coisa.

Ademais, a teoria objetivista é adotada como regra geral do CC de 2002, visto, que tal diploma legal em seu artigo 1.196 traz este entendimento, de que para deter a posse não é necessário o animus, apenas o corpus. Coaduna com tal entendimento Elpídio Donizetti (2016, p.783):

Cumprе esclarecer que o CC de 2002 adotou a teoria objetiva. Tal ilação é extraída da leitura do art.1196, o qual dispõe que “considera-se possuidor

todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Entretanto, não se pode perder de vista que, em diversas passagens, a teoria de Savigny se faz presente. O mais emblemático dos exemplos é o usucapião, que tem como um dos requisitos o *animus domini*.

Acrescenta-se que devido ao conceito objetivista ter sido adotado pela norma legal, a posse se divide em direta e indireta, não havendo a necessidade de existir o domínio material da posse, mas apenas o exercício da mesma, neste sentido para Flavio Tartuce (2018, p.991):

Percebe-se que pelo conceito objetivo adotado pelo comando legal a posse pode ser desdobrada em direta e indireta. Em suma, não há necessariamente domínio material na posse, podendo essa decorrer de mero exercício de direito.

Conclui-se que devido a este desdobramento, os possuidores indiretos também podem fazer uso das ações possessórias, havendo então uma extensão dos legitimados, possibilitando que não apenas o proprietário do bem às proponham. Neste viés, Flavio Tartuce (2018, p.991):

Basta o exercício de um dos atributos do domínio para que a pessoa seja considerada possuidora. Ilustrando, o locatário, o usufrutuário, o depositário e o comodatário são possuidores, podendo fazer uso das ações possessórias. Pela atual codificação privada, pode-se dizer que todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário.

Introduzido o conceito de posse adotado pelo Código Civil, é necessário entender os institutos processuais que visam tutelar à posse e que podem ser utilizados pelo expropriado para defender-se do arbítrio estatal.

São eles, a reintegração de posse, o interdito proibitório e a manutenção da posse. Neste viés, para Daniel Amorim Assumpção (2018, p.935), a tutela da posse se desenvolve por intermédio de três espécies distintas de ações, denominadas de reintegração da posse, manutenção da posse e interdito proibitório.

Primeiramente, é imprescindível entender em quais situações tais ações são cabíveis, para, somente então, compreender a adequação delas ao caso concreto.

No que diz respeito a ação de manutenção de posse, tal instituto será cabível quando ocorrer turbação, que consiste na inibição ao livre exercício da posse. Para Elpídio Donizetti (2016, p.783), o ajuizamento da ação de manutenção de posse é adequado quando acontecer turbação, que consiste no embaraço ao livre exercício

da posse. Sendo que o possuidor é turbado quando, apesar de possuir a coisa, perde parcialmente o poder sobre ela.

Já no caso da ação de reintegração de posse, como já exposto, é cabível para os casos em que o proprietário perde a posse da coisa para terceiro, ou seja, não há uma limitação parcial da posse, mas sim, uma tomada da mesma, onde o proprietário não mais consegue exercer os atos possessórios oriundos à posse. Nesta via para Elpídio Donizetti (2016, p.783) “terá lugar a ação de reintegração de posse quando o possuidor sofrer esbulho, ou seja, quando houver sido desapossado por terceiro, perdendo a disponibilidade sobre a coisa”.

Na mesma via, complementa Humberto Theodoro Júnior (2017, p.116), o esbulho deve ser entendido como a injusta e total privação da posse, que recai sobre alguém que vinha à exercendo.

Por fim, o interdito proibitório é cabível nos casos em que há ameaça ao exercício da posse, no que diz respeito a tal ameaça Elpídio Donizetti (2016, p.783), a ameaça se caracteriza quando houver fundado receio de que a posse seja turbada ou esbulhada. Sendo que neste caso, não ocorreu nenhum ato ofensivo à posse, existem apenas vestígios concretos de que algo pode ocorrer.

Ademais, importa ressaltar que tais ações são fungíveis entre si, ou seja, o juiz pode conceder tutela possessória distinta daquela requerida expressamente pelo autor, este é o entendimento extraído do artigo 554, caput, do Código de Processo Civil. Nesta mesma ideia Daniel Amorim Assumpção (2018, p.936):

O art.554, caput, do Novo CPC consagra a fungibilidade entre as tutelas possessórias, de forma que é lícito ao juiz conceder uma tutela possessória diversa daquela expressamente pedida pelo autor.

A fungibilidade é de suma importância para a proteção da posse e, portanto, passa-se a analisar a relevância de tal mecanismo no caso concreto para o autor.

Primeiramente, ressalta-se que a função das ações possessórias é sempre a de proteger a posse, vindo a variar as ações a serem interpostas a depender da gravidade da ofensa à posse, porém, todas detêm a mesma finalidade, nesta linha para Daniel Amorim Assumpção (2018, p.936):

Em primeiro lugar, é importante destacar que a função das ações possessórias é sempre a mesma: a proteção da posse, somente variando a ação conforme a espécie de moléstia sofrida. Como se nota com facilidade, o relevante é a proteção possessória, ficando em segundo plano a

circunstância do pedido do autor de amoldar ou não à efetiva situação de crise da situação de direito material possessória.

No plano prático, a fungibilidade encontra seu fundamento na possibilidade de ocorrerem mudanças na situação fática da posse, principalmente pelo fato do processo judicial demandar um tempo razoável. Para Daniel Amorim Assumpção (2018, p.936), a situação possessória pode facilmente sofrer mutações no decorrer da demanda, de maneira que no momento do julgamento venha-se a ter uma espécie de agressão distinta daquela apresentada no primeiro momento da sua propositura.

A mutação do art. 554 do Código de Processo Civil atinge apenas às ações possessórias, não podendo o juiz aplicar o princípio da fungibilidade caso não sejam as mesmas, ficando ele adstrito ao pedido do autor. Para Elpídio Donizetti (2016, p.788):

A conversibilidade prevista no art.554 se restringe às ações possessórias. Se o caso, por exemplo, for de ação petítória e o autor ajuizou ação possessória, não se admite a aplicação do princípio, posto que os pedidos e as causas de pedir das duas demandas são completamente diversos e, sendo assim, a outorga de uma tutela em vez da outra implicaria julgamento extra petita.

Por fim, sobre a fungibilidade, adiciona Elpídio Donizetti (2016, p.788), não poderá se admitir a fungibilidade das ações possessórias se a nova ofensa ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, visto que tal fato constitui causa de pedir para novo pleito possessório.

Apresentados os conceitos de posse e dos procedimentos processuais que visam tutelar as situações em que a mesma é ameaçada, interessa saber quem detém legitimidade para propô-las e qual é o juízo competente para julgá-las, pois, no caso da desapropriação indireta, há um ente federativo participando da relação, podendo haver, devido a isto, uma modificação da competência.

Começando-se pela legitimidade ativa, aproveita-se aqui o conceito de posse anteriormente explicado, porque, no caso das ações possessórias é parte legítima para propô-las o possuidor direto ou indireto do bem, nas lições de Daniel Amorim Assumpção (2018, p.939):

O possuidor é parte legítima à propositura das ações possessórias, sendo que na hipótese de posse direta (locação, usufruto, comodato, etc.), a defesa da posse pode ser realizada em juízo tanto pelo possuidor direto como pelo indireto, que podem inclusive litigar em conjunto em litisconsórcio facultativo.

Logo, se não for possuidor direto ou indireto, não há o que se falar em legitimidade para propor à ação possessória, não podendo assim, impugnar a desapropriação indireta devido à ilegitimidade. Este raciocínio se evidencia no caso da detenção, onde, não há posse por parte do detentor. Neste sentido Humberto Theodoro Júnior (2017, p.119) “não é possuidor e, pois, carece de legitimidade para os interditos, o simples detentor, que ocupa a coisa alheia por mera permissão ou tolerância do verdadeiro possuidor”.

Já no outro lado do processo, no polo passivo, é parte legítima quem realizou os atos atentatórios à posse, em outras palavras, quem praticou a turbação, esbulho ou ameaça à posse, simpatiza com este entendimento Daniel Amorim Assumpção (2018, p.939):

No polo passivo é parte legítima o sujeito responsável pelo ato de moléstia à posse. Na hipótese de posse direta, é possível que o legitimado passivo também seja possuidor, como corre na ação possessória promovida pelo locatário contra o locador, sempre que esbulha, turba ou ameaça a posse direta daquele.

Questão importante quanto a legitimidade passiva, é a de que o sujeito que comete atos contra à posse de outrem por ordens de terceiro, não é considerado parte legítima no processo, pois é mero detentor da posse ofendida. Neste entender Elpídio Donizetti (2016, p.790):

Importante observar que, não raramente, o causador da ofensa é preposto de terceiro. Nesse caso, age em cumprimento às ordens dadas pelo seu patrão, devendo-se considera-lo, portanto, como mero detentor em relação a posse ofendida. Sendo assim, a legitimação deverá ser atribuída àquele que o ordenou à prática do ato espoliativo, caso em que, sendo a ação ajuizada em face do detentor, deverá ele alegar em contestação, ser parte ilegítima ou não ser responsável pelo prejuízo invocado.

Passa-se agora, ao estudo da competência, ou seja, qual o juízo competente para julgar as ações possessórias, em especial, aquelas impetradas contra entes federativos, visto que o tópico central deste trabalho é a desapropriação indireta.

No tocante à Justiça competente para julgar as ações possessórias, adota-se como regra a Justiça Estadual, entretanto, caso um ente federativo participe da relação, poderá haver a modificação de tal competência, passando-se da Justiça Estadual para a Justiça Federal ou até mesmo à Justiça do Trabalho no caso de comodato, neste viés, para Daniel Amorim Assumpção (2018, p.938):

Em regra, é da Justiça Comum Estadual, a competência para o julgamento das ações possessórias, mas nada impede que, excepcionalmente, outra justiça seja competente, como a Justiça do Trabalho, na hipótese de reintegração de posse de imóvel concedido em comodato em razão de contrato de trabalho rescindido, ou a Justiça Federal, quando participar no processo um dos entes federais previsto no art.109, I, da CF.

Já no que diz respeito a competência territorial, quando se trata de bem imóvel o CPC em seu artigo 47, parágrafo 2º, traz como competente o foro do local do imóvel. Ressalta-se que tal competência é absoluta, não podendo a ação prosseguir em outro juízo, contudo, apenas no caso de recuperação judicial em tramite se admite que está exerça força atrativa sobre a possessória. Neste raciocínio Daniel Amorim Assumpção (2018, p.938):

Tratando-se de bem imóvel, aplica-se o 47, §2, do Novo CPC, sendo competente o foro do local do imóvel. Nesse caso, a regra é de competência absoluta, não se admitindo que a demanda tenha andamento em outro foro, salvo na hipótese de recuperação judicial em trâmite, que exercerá a vis atrativa.

Por fim, caso o imóvel esteja situado em mais de um foro, na visão de Daniel Amorim Assumpção (2018, p.939), quando o imóvel estiver situado em mais de um foro, qualquer um dos foros será competente para julgar a ação, sendo que de acordo com o art. 60 do CPC, o foro será determinado por prevenção.

Demonstrado qual o juízo competente e quais são os legitimados, deve-se entender qual é o procedimento adotado pela ação possessória, pois, elas podem apresentar ritos diferentes a depender do tempo despendido para a propositura da ação.

Como dito, a depender do lapso temporal decorrido entre a turbação, esbulho ou ameaça à posse e a interposição da ação, o rito pode ser distinto, visto, que se a ação for proposta dentro de 1 (um) ano e 1 (um) dia da ofensa, a posse será de força nova, caso contrário de força velha, aplicando-se ritos diferentes. Sobre a posse velha Daniel Amorim Assumpção (2018, p.942):

No caso de a agressão ter se dado há mais de ano e dia (posse velha), ou seja, quando a demanda for proposta após ano e dia da ocorrência da ofensa à posse o art.558, parágrafo único, do Novo CPC prevê que o procedimento será comum.

Por outro lado, no caso da posse nova, ou seja, aquela em que a agressão ocorreu a menos de 1 (um) ano e 1 (um) dia, o rito será o especial, estando este rito

previsto do art.560 ao 566 do Código de Processo Civil. Ressalta-se que a única distinção entre a posse nova e a posse velha, é a forma de concessão da liminar. Neste entender Humberto Theodoro Júnior (2017, p.122):

A ação de força nova é de procedimento especial e a de força velha observa o rito comum (NCPC, art. 558⁸⁶). A diferença de procedimento, no entanto, é mínima e fica restrita à forma de obter-se a medida liminar de manutenção ou reintegração de posse em favor do autor, porque, a partir da contestação, também a ação de força nova segue o procedimento comum (art. 566).

Complementa o exposto Humberto Theodoro Júnior (2017, p.122), ambas as ações persistem com sua natureza de instrumento de proteção da posse, pois, as pretensões à proteção da posse não se extinguem com o passar do tempo, se extingue apenas o direito ao rito especial da ação possessória, ou seja, àquele que permite a medida liminar satisfativa.

Neste raciocínio, para que o possuidor faça jus à liminar possessória no rito especial, a lei exige do mesmo que indique fatos precisos, exemplo disto é a necessidade de comprovar a existência da posse e do abuso sofrido, e, até mesmo a data em que os abusos ocorreram, ou melhor, começaram a ocorrer, visto que a depender da data, a posse pode ser de força velha ou nova. Nesta compreensão Humberto Theodoro Júnior (2017, p.126), “a lei confere ao possuidor o direito à proteção liminar de sua posse, mas o faz subordinando-o a fatos precisos, como a existência da posse, a moléstia sofrida na posse e a data em que tal tenha ocorrido”.

Todavia, apesar da dificultosa tarefa dada ao possuidor pelo legislador de comprovar os fatos, a partir do momento em que ele o faz, ou seja, a partir do momento em que a petição se encontra devidamente instruída, o juiz, tratando-se de rito especial, poderá deferir “inaudita altera partes” a medida liminar com fulcro no artigo 562, “caput”, do Código de Processo Civil, deferindo a reintegração de posse ou a manutenção da mesma. Entende neste mesmo sentido Daniel Amorim Assumpção (2018, p.943):

A grande especialidade do procedimento especial possessório é a previsão de liminar no art.562, caput, do Novo CPC. Segundo esse dispositivo legal, estando a petição devidamente instruída, o juiz deferirá inaudita altera partes a medida liminar, consubstanciada na expedição de mandado de manutenção ou reintegração de posse, conforme o caso.

Quanto ao procedimento das ações possessórias que seguem o rito comum, estas não detêm em seu procedimento a previsão de liminar de evidência, contudo, é

possível a concessão de medida liminar de urgência, desde que preenchidos seus requisitos. Adiciona Daniel Amorim Assumpção (2018, p.943):

Não que a tutela de urgência seja estranha às ações possessórias, em especial naquelas que seguem o procedimento comum (posse velha) e que, portanto, não têm em seu procedimento a previsão de liminar (tutela de evidência). Nesse caso, desde que preenchidos os requisitos, será cabível a tutela antecipada ou cautelar, a depender da pretensão do autor.

Os requisitos acima mencionados, são aqueles apresentados pelo próprio CPC em seu art.300, sendo eles a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*). Para Humberto Theodoro Júnior (2017, p.124):

Por outro lado, eventual concessão de liminar deverá observar os requisitos gerais da tutela provisória, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (NCP, art.300), uma vez que não se trata da liminar possessória típica,93 como aquela que integra o procedimento especial dos interditos de força nova.

Por fim, no caso de posse de força velha, o juiz não apreciará o pedido de tutela provisória, antes da realização de uma audiência de mediação, que será realizada no prazo de 30 (trinta) dias. Nesta via Humberto Theodoro Júnior (2017, p.124):

Estabelece o NCP que, nos casos da espécie, i.e., “quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia”, o juiz não apreciará o pedido de liminar, senão depois de uma audiência de mediação realizada no prazo de trinta dias (art. 565).

Apresentada a parte processual das ações possessórias, calha entender como tais ações interagem com a desapropriação indireta, se de fato são eficazes ou deixam a desejar.

Primeiramente, como já exposto no primeiro capítulo, caso o ente federativo afete o bem e incorpore o mesmo ao seu patrimônio, não há o que se falar em ação possessória, visto que, além da retirada da posse, também ocorre a perda da propriedade. Deve-se somar a este fato, a ausência de notificação do expropriado, dificultando ainda mais a reação deste em relação à desapropriação. Neste sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p.224):

Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal; 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 (art. 35 do Decreto-lei no 3.365/41 e art. 21 da Lei Complementar no 76/93).

Por outro lado, mesmo que seja proposta uma ação possessória, se no decorrer da ação o ente federativo afetar o bem e, conseqüentemente, incorporar o imóvel ao patrimônio público, restará ao expropriado a possibilidade de converter a ação possessória em perdas e danos devido à desapropriação indireta ou apossamento administrativo, neste viés Matheus Carvalho (2018, p.1047):

Ademais, caso tenha sido proposta algumas das ações possessórias previstas na legislação civil e, ainda assim, o bem tenha sido incorporado ao patrimônio público com sua afetação às finalidades sociais, a ação poderá ser convertida em ação de indenização por desapropriação indireta ou por apossamento administrativo.

Ademais, encontram-se exemplos do exposto acima na jurisprudência, ou seja, a possibilidade da impetração de ação possessória ante à desapropriação indireta e a posterior conversão em perdas e danos devido à afetação, neste sentido, em acórdão o relator Ministro Castro Meira (BRASIL, 2009):

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INVIABILIDADE. BEM AFETADO AO SERVIÇO PÚBLICO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CONVERSÃO. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. Trata-se de ação reintegratória ajuizada contra a Comlurb/RJ com a finalidade de recuperar a posse de imóveis contratualmente cedidos ao ente da administração indireta por tempo determinado. 3. A instância ordinária atestou que os imóveis estão afetados ao serviço público - servindo de aterro sanitário -, sendo, portanto, inviável a pretensão reintegratória. 4. Com a ocupação e a destinação do bem ao serviço público fica caracterizada a desapropriação indireta, remanescendo ao autor a buscar da indenização por danos, que no caso envolve responsabilidade de cunho contratual e extracontratual. 5. A jurisprudência desta Eg. Corte e do STF, com fundamento nos princípios da economia e celeridade além da tutela das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa distinta de dinheiro, consagrou a orientação de que é possível que a ação reintegratória seja convertida em ação de indenização por desapropriação indireta. 6. Na espécie, havendo pedido, é possível que a ação reintegratória seja convertida em ação de indenização em respeito aos princípios da celeridade e economia processuais. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Analisando o exposto neste capítulo, chega-se à conclusão de que as ações possessórias apesar de serem cabíveis no caso de desapropriação indireta, não

encontram muita utilidade no plano fático. Primeiramente porque se for caso de posse de força velha, muito provavelmente o imóvel já estará afetado ou será afetado no decorrer da ação, tornando a situação irreversível, visto que já se passou ao menos 1 (um) ano da ofensa à posse. Por outro lado, nas posses de força nova, caso o possuidor proponha imediatamente a ação possessória e seja concedida a liminar, existe a possibilidade, que sim, haja à anulação da desapropriação indireta e a posterior restituição da posse. Tal é a conclusão que se chegou.

2.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Introduzidos os aspectos gerais sobre a desapropriação indireta e demonstrada a ineficácia das ações possessórias ante a mesma, adentra-se agora ao questionamento central deste trabalho, ou seja, se tal instituto presta observância ou não à Constituição Federal, em outras palavras, se é de fato constitucional ou não.

Preliminarmente, antes de se analisar a constitucionalidade ou não do referido instituto, é essencial entender qual o fundamento da inconstitucionalidade e quais as suas espécies.

Fundamenta-se a inconstitucionalidade no princípio da supremacia da constituição, que exige, que todo o ordenamento jurídico siga os parâmetros estabelecidos pela Constituição, neste viés José Afonso da Silva (2018, p.48) “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da constituição”.

Vale ressaltar, que esta conformidade não é adstrita apenas a atuação comissiva, que é realizada conforme a Constituição Federal, mas, também, exige a não omissão, em outras palavras, a omissão caracteriza violação ao referido princípio. Consoante a tal entendimento, José Afonso da Silva (2018, p.48):

Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional.

A inconstitucionalidade pode se dar através de ação ou omissão, quanto a ação, esta ocorre quando lei ou ato do poder público se demonstra incompatível com a CF, sendo que tal fenômeno, como já explicado, decorre da supremacia da

constituição, ou seja, devido as normas inferiores deverem observância a Constituição, neste sentido para José Afonso da Silva (2018, p.49):

Ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição

Ademais, a inconstitucionalidade comissiva pode ser material ou formal, a primeira se resume a incompatibilidade de conteúdo entre uma lei ou ato do poder público e algum princípio ou regra contidos na Constituição. Neste sentido Luís Roberto Barroso (2004, p.25):

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art.37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts.5º, caput, e 3 IV) em desarmonia com o mandamento da isonomia.

Por sua vez a formal, que consiste na existência de algum vício no processo de elaboração da lei ou ato normativo infraconstitucional, e, também, pode-se apresentar no caso de ilegitimidade, em virtude de ter sido elaborada por autoridade incompetente para tal. Neste raciocínio Pedro Lenza (2018, p.272):

A inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua “forma”, ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração, ou, ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente.

De acordo com Pedro Lenza (2018, p.272), a inconstitucionalidade formal se subdivide em orgânica, propriamente dita e por violação a pressupostos objetivos do ato.

A formal orgânica, na visão de Luís Roberto Barroso (2004, p.25), consiste na inobservância das regras de competência legislativa para a edição do ato. Exemplo disto, é a edição de uma lei com conteúdo penal ou de direito civil por uma Assembleia Legislativa de um Estado da Federação, neste caso, haverá violação da competência da União na matéria.

Por sua vez, o vício formal propriamente dito, é aquele que ocorre no processo de elaboração da lei ou ato normativo, podendo ocorrer em momentos diferentes, como na iniciativa ou durante o processo de elaboração. Coaduna com tal entendimento Pedro Lenza (2018, p.273):

Por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do devido processo legislativo. Podemos falar, então, além de vício de competência legislativa (inconstitucionalidade orgânica), em vício no procedimento de elaboração da norma, verificado em momentos distintos: na fase de iniciativa ou nas fases posteriores.

No que diz respeito ao vício formal propriamente dito que ocorre na fase inicial, de acordo com Pedro Lenza (2018, p.273), o vício formal subjetivo observa-se na fase iniciativa. Como por exemplo, no caso em que algumas leis são de iniciativa exclusiva do Presidente da República, como as que fixam ou modificam os efetivos das Forças Armadas. Caso outro indivíduo o faça, estaremos diante de um vício subjetivo formal insanável, e a lei será inconstitucional.

Quanto aos que ocorrem durante o processo legislativo, ou seja, posteriormente a iniciativa, conforme Pedro Lenza (2018, p.273), o vício formal objetivo é identificado nas demais fases do processo legislativo, em outras palavras, posteriormente à iniciativa. Exemplo disto, acontece quando uma lei complementar é votada por um quórum de maioria relativa. Neste caso há vício formal, pois, lei complementar por força do art.69 da CF, deve ser aprovada por maioria absoluta.

Por fim, a violação a pressupostos objetivos do ato, conforme Pedro Lenza (2018, p.274), são aqueles que não dizem respeito ao processo legislativo propriamente dito, mas sim a elementos externos ao processo legislativo, são os pressupostos para o mesmo, como por exemplo, a edição de uma Medida Provisória sem a observância dos requisitos da relevância e urgência.

Destaca-se que não há impedimentos quanto a cumulação de inconstitucionalidade formal e material em apenas um ato, sendo, portanto, possível que além de violar o processo legislativo correto do ato, também se viole o próprio conteúdo da Constituição. Coaduna com o exposto Luís Roberto Barroso (2004, p.28) “nada impede a coexistência, em um mesmo ato legislativo, de inconstitucionalidade formal e material, vícios distintos que podem estar cumulativamente presentes”.

Os efeitos da inconstitucionalidade, via de regra, não variam, independentemente de ser material ou formal, o efeito jurídico é mesmo, a invalidação

da norma, que - provavelmente - terá sua eficácia suspensa, neste ver Luís Roberto Barroso (2004, p.28):

O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo, seja em decorrência de desvio formal o material, produz a mesma consequência jurídica: a invalidade da norma, cuja tendência será de ter sua eficácia paralisada.

Entretanto, há exceção, no caso em que a incompatibilidade provém de uma nova Constituição ou emenda constitucional e uma norma infraconstitucional já existente, compreende Luís Roberto Barroso (2004, p.28):

Há uma única situação em que o caráter formal ou material da inconstitucionalidade acarretará efeitos diversos: quando a incompatibilidade se der entre uma nova Constituição – ou uma emenda constitucional – e norma infraconstitucional preexistente.

Na situação exposta, caso a inconstitucionalidade for de cunho material, ou seja, contrarie o conteúdo da nova Constituição, a mesma não poderá persistir a existir com o advento da nova Constituição, ficando automaticamente revogada. Nesse sentido Luís Roberto Barroso (2004, p.28) “sendo a inconstitucionalidade de natureza material, a norma não poderá subsistir. As normas anteriores, incompatíveis com o novo tratamento constitucional da matéria, ficam automaticamente revogadas”.

Por outro lado, quando se trata de inconstitucionalidade de natureza formal, a norma é recepcionada pela nova Constituição, e, portanto, não é revogada, mas sim, apenas recebe nova disciplina no futuro. Vale ressaltar, que tal norma deve ser materialmente compatível com o novo ordenamento constitucional. Nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2004, p.29):

Não é o que ocorre, porém, quando a incompatibilidade entre a lei anterior e a norma constitucional nova é de natureza formal, vale dizer: quando a inovação introduzida apenas mudou a regra de competência ou a espécie normativa apta a tratar da matéria. Nesse caso, a norma preexistente, se for materialmente compatível com o novo ordenamento constitucional, é recepcionada, passando apenas a se submeter, *ad futurum*, à nova disciplina.

Exemplifica Luís Roberto Barroso (2004, p.29), o Código Tributário Nacional foi promulgado como lei ordinária sob o regime da Constituição de 1946. Então sobreveio a emenda à constituição de nº18, de 1º de dezembro de 1965, que previa que o sistema tributário seria regido por leis complementares. Contudo, o Código Tributário Nacional continuou em vigor, nas partes em que era materialmente compatível com a

emenda, entretanto, passou a ter status de lei complementar, pois, esta era a espécie normativa requerida para a sua alteração.

Já no que se refere a inconstitucionalidade por omissão, entende Luís Roberto Barroso (2004, p.31), que a inconstitucionalidade por omissão é aquela decorrente da inércia na elaboração de atos normativos que são necessários para a efetividade dos comandos constitucionais.

Complementa Gilmar Ferreira Mendes (2013, p.1030), a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a não observância de um dever constitucional de legislar, sendo que tal dever pode decorrer de um comando da própria Constituição ou de decisões fundamentais da Constituição que são identificadas no processo de interpretação.

Portanto, a inconstitucionalidade por omissão não decorre de uma simples inércia do legislador, mas sim, traduz-se no ato de não legislar ante a um mandamento constitucional neste sentido (legislar). Em outras palavras, a constituição exige a criação de uma norma, porém, o legislador queda-se inerte. Corrobora com o exposto Luís Roberto Barroso (2004, p.32):

A simples inércia, o mero não fazer por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.

Concernente à abrangência desta inconstitucionalidade por omissão, ela pode ser absoluta (total), que ocorre quando o legislador se queda inerte, mesmo havendo um dever de legislar, neste viés Gilmar Ferreira Mendes (2013, p.1030) “tem-se omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providencia legislativa reclamada”.

A omissão também pode ser parcial, que acontece quando o legislador age, porém, de forma deficiente, ou seja, o ato normativo não atende completamente ou insuficientemente o querer constitucional, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2013, p.1030) “ a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional”.

Introduzido o conceito de inconstitucionalidade e suas espécies, bem como sua fundamentação, passa-se a abordar os direitos fundamentais que o instituto da

desapropriação indireta possivelmente viola, a fim de se aferir, se o mencionado instituto, contraria a Constituição Federal e, conseqüentemente, é inconstitucional.

Primeiramente, a Constituição Federal elenca em seu art. 5º, LIV, o princípio do devido processo legal, que veda a retirada da liberdade ou bens do particular, sem que antes, haja processo judicial que respeite as garantias constitucionais, valendo tal disposição, até mesmo, para a administração pública. Compreende neste mesmo sentido Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2018, p.45):

Ao dispor expressamente, no supramencionado art.5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, a Constituição Federal pretendeu deixar claro que somente por meio da atividade jurisdicional, exercida com exclusividade pelo Estado, é que o indivíduo poderá perder sua liberdade ou seus bens, não sendo possível sofrer tais gravamos por meio de atos praticados por outrem, inclusive pela própria Administração Pública, sem a intervenção do Poder Judiciário.

Neste mesmo sentido, entende-se que o referido artigo apresenta um duplo grau de proteção ao particular, materialmente ao garantir o direito de liberdade e formalmente, resguardando ao mesmo a possibilidade de estar em paridade de armas com o Estado ou acusador, neste sentido Alexandre de Moraes (2018, p.112):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Outrossim, o princípio do devido processo legal desdobra-se nos princípios do contraditório e ampla defesa, que devem ser assegurados às partes, independentemente de se tratar de processo judicial ou administrativo, pois, os mesmos decorrem da própria Constituição e devem ser aplicados aos processos em geral. Nas lições de Alexandre de Moraes (2018, p.112):

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, 381 conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Por sua vez, o contraditório se traduz na chance das partes se manifestarem sobre os eventos do processo, como alegações ou provas produzidas pela parte contrária. Assim, nada mais é do que a necessidade de se dar ciência às partes sobre o andamento do processo e a possibilidade das mesmas de se manifestarem a respeito. Consequência deste princípio é a necessidade de tratar as partes envolvidas com igualdade de tratamento. Nas explicações de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2018, p.47):

O princípio do contraditório, também denominado de audiência bilateral, é aquele que faculta à parte, em um processo judicial ou mesmo administrativo, e aos acusados em geral, a chance de se manifestarem sobre todas as alegações e documentos produzidos pela parte contrária. Decorre desse princípio a necessidade de concessão de igualdade de tratamento a ambas as partes de uma relação processual.

Reforça o entendimento Alexandre de Moraes (2018, p.112), entende-se que o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa ao impor a condução dialética do processo, visto que a todos os atos produzidos pela acusação caberá igual direito à defesa de se opor ou dar versão distinta ao ato que melhor lhe de proveito, bem como dar interpretação jurídica distinta a do autor.

Por sua vez, o princípio da ampla defesa, dá a parte a possibilidade de juntar aos autos provas e alegações que considere apropriadas/úteis a sua defesa, em outras palavras, deve-se garantir que a parte possa se defender e apresentar as suas versões dos fatos. Exemplo do exposto, é a necessidade de citação válida. Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2018, p.45):

O princípio da ampla defesa, ao seu turno, é aquele que confere à parte, em um processo, a possibilidade trazer aos autos todas as alegações e provas que considerar úteis à sua plena defesa e à garantia de seus direitos. Em decorrência desse princípio, deverá ser garantido ao réu o direito à citação válida, à nomeação de defensor, quando não puder pagar um advogado em processos criminais e, também, à regular intimação para os atos processuais.

Assim, conclui-se que a desapropriação indireta não presta observância aos princípios expostos, pois, não há sequer fase declaratória na mesma, ou seja, é feita sem dar ciência à parte expropriada, cerceando o direito da mesma de discutir sobre a desapropriação de seu imóvel e, também, de apresentar defesa. Neste entender Ricardo Alexandre de Deus (2017, p.908):

A desapropriação indireta é o fato administrativo em que o Poder Público se apropria de bem particular, sem a observância do procedimento legal para

desapropriação, ou seja, sem realizar a declaração expropriatória e o pagamento da indenização.

Além disto, como exposto no presente trabalho, a Constituição Federal prevê que a desapropriação se faz mediante justa e prévia indenização em dinheiro, entretanto, a desapropriação indireta viola tal norma prevista no art.5º, inciso XXIV da Carta Magna, visto que retira o bem sem qualquer tipo de aviso, pois não há fase declaratória, bem como qualquer tipo de indenização, muito menos em dinheiro. Leciona José dos Santos Carvalho Filho (2017, p.924):

Trata-se de situação que causa tamanho repúdio que, como regra, os estudiosos a têm considerado verdadeiro esbulho possessório. Com efeito, esse mecanismo, a despeito de ser reconhecido na doutrina e jurisprudência, e mais recentemente até por ato legislativo, não guarda qualquer relação com os termos em que a Constituição e a lei permitiram o processo de desapropriação. Primeiramente, porque a indenização não é prévia, como o exige a Lei Maior. Depois, porque o Poder Público não emite, como deveria, a necessária declaração indicativa de seu interesse. Limita-se a apropriar-se do bem e fato consumado! Exemplo comum de desapropriação indireta tem ocorrido com a apropriação de áreas privadas para a abertura de estradas.

Perante o exposto nos capítulos, observou-se que a desapropriação indireta acarreta no cerceamento à defesa do expropriado, pois o mesmo não conseguirá se defender, visto à ausência de prévio aviso, que se traduz em pressuposto da desapropriação regular e, portanto, violando o direito constitucional ao devido processo legal e aos demais princípios que dele derivam (contraditório e ampla defesa), visto que não é possibilitado ao expropriado a oportunidade de se defender e apresentar suas teses ou provas, ou seja, não há sequer o direito de se discutir sobre a desapropriação, há mera retirada e posterior indenização, caso pleiteada.

Assim, tal cerceamento comina na ineficácia das ações possessórias, que, como já exposto no trabalho, se apresentam ineficazes na grande maioria dos casos, sendo – possivelmente – eficazes nos casos de posse de força nova, em virtude do rito especial que possibilita intervenção mais célere do judiciário através da liminar e a rapidez do particular ao ajuizar à ação. O mesmo não se aplica a posses de força velha, pois seguem o rito comum, que é mais moroso e, também, pelo fato da ofensa à posse ter ocorrido a pelo menos 1 (um) ano, gerando uma reação mais lenta do judiciário em relação aos atos do ente federativo, sendo que neste meio tempo - provavelmente - o Ente Estatal já terá incorporado o bem seu patrimônio ou

incorporará no correr do processo e, conseqüentemente, inviabilizará a ação possessória, restando ao proprietário a mera indenização.

Quanto a indenização, a Constituição prevê que está se fará de modo prévio, justo e em dinheiro, porém, a desapropriação indireta viola tal disposição, tanto pela ausência de prévio aviso, quanto pela falta de indenização. Logo, a princípio sequer há indenização, devendo o particular expropriado pleitear pela mesma.

Diante do exposto em todo o trabalho, chega-se à seguinte conclusão: a desapropriação indireta afronta a Constituição Federal, podendo ser classificado como uma inconstitucionalidade comissiva material, ou seja, seu conteúdo é incompatível com a Lei Maior, violando não apenas um dispositivo, mas sim vários da CF. Ressalta-se que quanto a constitucionalidade de tal instituto, não se encontrou jurisprudência² neste sentido.

² Realizou-se pesquisa no sentido da constitucionalidade da desapropriação indireta no site <https://www.lex.com.br>, pelo período dos últimos 5 (cinco) anos, através das seguintes palavras-chaves: Desapropriação indireta. Constitucionalidade. Contudo, não se obteve êxito em encontrar posicionamento neste sentido.

3.MÉTODO

Trata-se do método dedutivo, pois utiliza-se da razão como forma de chegar ao conhecimento, partindo da análise geral e filtrando até o particular ao ponto da conclusão. No caso em tela, parte-se da Constituição Federal (premissa maior) até o dispositivo da desapropriação indireta (premissa menor).

Tendo como natureza a pesquisa básica, abordando o problema de forma qualitativa, sendo seu objetivo à pesquisa exploratória através do processo bibliográfica de juntada de informações, visando a formulação da pesquisa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral deste trabalho foi o de realizar estudo sobre o instituto da desapropriação indireta, mais especificamente sobre a constitucionalidade do mesmo.

O primeiro passo foi o de compreender os fundamentos jurídicos positivados referentes a desapropriação indireta, para tal, apresentou-se os modos de intervenção do Estado na propriedade privada, bem como os pressupostos e fases da desapropriação regular, para – somente então – abordar a desapropriação indireta e seus requisitos, além de seu fundamento legal. Chegou-se a conclusão, neste primeiro passo, de que a desapropriação indireta apresenta várias irregularidades, pois, não observa o tramite estabelecido na CF, não respeitando o devido processo desapropriatório.

No segundo capítulo, analisou-se os métodos de defesa do expropriado ante a desapropriação indireta, sendo abordadas às ações possessórias. Nesta análise, observou-se que as ações possessórias são fungíveis entre si e, que a forma do procedimento (comum ou especial) muda a forma de concessão da liminar ao particular. Assim, entendeu-se que no caso onde se trata de posse de força velha (rito comum) – provavelmente – o ente federativo já terá afetado e incorporado o bem ao seu patrimônio ou o fará no decorrer do processo da respectiva ação possessória, visto que já se passou ao menos 1 (um) ano da ofensa à posse, restando ao particular a possibilidade de pleitear perdas e danos.

Por outro lado, no caso de posse de força nova, contando que o particular pleiteie rapidamente a ação possessória e seja concedida a liminar em conformidade com o rito especial, existe a possibilidade de que ele recupere a sua propriedade, pois, o lapso temporal entre a ofensa à posse e a tutela jurisdicional será menor, visto que no caso de posse de força nova, a ofensa necessariamente ocorreu à menos de 1 (um) ano à propositura da ação.

Do exposto, concluiu-se que na maior parte dos casos, às ações possessórias são ineficazes ante a desapropriação indireta, devido a inexistência de prévia notificação ao particular e, conseqüentemente, a demora do mesmo em procurar o judiciário, além disto, agrava-se a situação com a demora do judiciário em julgar o conflito. Dito isto, a partir do momento em que o ente afetar o bem e tornar irreversível a situação, a desapropriação indireta estará completa, não mais cabendo o

prosseguimento da ação possessória, mas somente perdas e danos. Portanto, tal procedimento – muito provavelmente – não logrará êxito devido a demora na obtenção da tutela judiciária oriunda da ausência da fase declaratória.

Por fim, no terceiro capítulo, a constitucionalidade da desapropriação indireta foi investigada, a partir da introdução do que seria uma inconstitucionalidade e quais as suas espécies, bem como através da apresentação de direitos fundamentais violados pela desapropriação indireta. Neste viés, chegou-se ao entender de que a desapropriação indireta é inconstitucional, ou seja, apresenta incompatibilidade com a CF, sendo que tal incompatibilidade é material (conteúdo) e comissiva, pois, viola o devido processo legal, bem como os princípios derivados deste, além de não seguir o tramite estabelecido na própria CF, onde prevê que a desapropriação será prévia, justa e em dinheiro.

Assim, atingiu-se o objetivo geral, ao chegar à conclusão de que a desapropriação indireta de fato é eivada de inconstitucionalidade.

Quanto ao problema apresentado no trabalho, ou seja, se a desapropriação indireta fere direitos fundamentais, a resposta encontrada foi positiva, visto que como exposto o devido processo legal é de fato inibido pela ausência da fase declaratória, além do contraditório e ampla defesa, derivados de tal princípio.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 17^a ed, São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

BARROSO, Luís Roberto, **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº no 442.774-SP 2002/0057146-5**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Waldomiro Vergara e cônjuge. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, 02 de junho de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19283690/recurso-especial-resp-442774-sp-2002-0057146-5/inteiro-teor-19283691>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº1060924 RJ 2008/0113189-7**. Recorrente: BANGU EMPREENDIMENTOS S/A. Recorrido: COMPANHIA MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA – COMLURB/RJ. Relator: Ministro Castro Meira, Brasília, 03 de novembro de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5721155/recurso-especial-resp-1060924-rj-2008-0113189-7-stj/relatorio-e-voto-11882394?ref=serp>.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **LEI Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Planalto, Brasília, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 3.365**, de 21 de junho de 1941. Planalto, Brasília, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**, 5^o ed, Salvador, Juspodvm, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 32. ed, São Paulo, Atlas, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley, **Curso de Direito Administrativo**, 12^a ed, Salvador, Juspodivm, 2013.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo, **Direito Processual Constitucional**, 8ª ed, São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

DINIZ, Maria Helena, **Cursos de Direito Civil Brasileiro**, Volume 4: Direito das coisas, 27ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 30. ed, Rio de Janeiro, Forense, 2017.

DONIZETTI, Elpídio, **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 20ª ed, São Paulo, Atlas, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito das Coisas, 7ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de Direito Processual Civil**, 10ª ed, Salvador, JusPodivm, 2018.

MAZZA, Alexandre, **Manual de Direito Administrativo**, 8ª ed, São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

MARÇAL, Justen Filho, **Curso de Direito Administrativo**, 6º ed, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 29ª ed, São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**, 8ª ed, São Paulo, Saraiva, 2013.

JOÃO DE DEUS, Ricardo Alexandre, **Direito administrativo**, 3º ed, São Paulo, Método, 2017.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 41ª ed, Malheiros Editores, São Paulo, 2018.

TARTUCE, Flavio, **Manual de Direito Administrativo**, 8ª ed, Rio de Janeiro, Método, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, 52^a ed, Rio de Janeiro, Forense, 2018.