

UNIVERSIDADE FUMEC
Programa de Pós-Graduação em Direito

Juliana Aparecida Gomes Oliveira

**A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA URBANA PELA
DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA: Uma abordagem sob a perspectiva da Análise
Econômica do Direito**

Belo Horizonte
2016

Juliana Aparecida Gomes Oliveira

**A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA URBANA PELA
DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA: Uma abordagem sob a perspectiva da Análise
Econômica do Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
-Graduação em Direito da Universidade FUMEC,
como requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. Alexandre Bueno Cateb

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e
Democracia

Belo Horizonte

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

O48i Oliveira, Juliana Aparecida Gomes, 1980-
A intervenção do Estado na propriedade privada urbana pela desapropriação indireta: uma abordagem sob a perspectiva da análise econômica do Direito / Juliana Aparecida Gomes Oliveira. – Belo Horizonte, 2016.
96 f. : il. ; 29,7 cm

Orientador: Alexandre Bueno Cateb
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2016.

1. Propriedade privada - Brasil. 2. Desapropriação - Brasil. 3. Intervenção (Governo federal) - Brasil. I. Título. II. Cateb, Alexandre Bueno. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 351.712.5



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb

Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

MESTRANDA: JULIANA APARECIDA GOMES OLIVEIRA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

*“A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA URBANA
PELA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA: Uma Abordagem sob a Perspectiva da
Análise Econômica do Direito”*

NOTA: (90) noventa pontos

ASSINATURA ORIENTADOR: 

DATA DA DEFESA: 06/10/2016

Dedico este trabalho a Deus, que me permitiu chegar até aqui.

Ao meu pai por me ensinar a essencialidade do conhecimento e da simplicidade.

Ao Wanderson, minha vida, por nossos sonhos e pela certeza de que em Deus, alcançaremos todos eles

AGRADECIMENTOS

A finalização desse trabalho, alcançada com grande esforço, foi conquistada com o apoio de pessoas extremamente especiais, pelo que deixo aqui manifestada a minha gratidão.

Agradeço à Deus por suprir todas as minhas necessidades e clarear minhas ideias, essencialmente nos momentos mais difíceis.

Aos meus pais, Edilson Francisco e Lourdes Maria, por todo o cuidado, incentivo e amor verdadeiro.

Agradeço imensamente ao professor e orientador Dr. Alexandre Bueno Cateb, cuja clareza e eficiência dos ensinamentos foram fundamentais para o desenvolvimento do presente trabalho.

Ao Dr. Francisco José Rezende dos Santos, por conceder-me a oportunidade de ingressar e concluir todos os créditos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC.

Ao meu marido Wanderson Leandro de Oliveira, meu amado, meu amigo e meu maior incentivador. Sou grata pelas diversas noites que passou acordado comigo, sempre me dizendo que daria tudo certo.

À minha amada irmã, Renata Silva Rodrigues, pelo carinho e amor incondicional.

Ao irmão e amigo, Professor Dr. Rafael Silva Rodrigues, por toda a ajuda dispensada e também por compartilhar comigo dúvidas e aflições, comemorando sempre cada etapa conquistada.

Agradeço também ao caríssimo Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona, não só pelos excelentes ensinamentos em sala de aula, mas também pelo incentivo a prosseguir confiante nesta caminhada.

Impossível deixar de mencionar minha amiga Juliana Gonçalves, irmã que a vida me trouxe, por estar sempre pronta a me ajudar.

Agradeço, por fim, à toda a equipe da Universidade FUMEC, responsável pelo sucesso e eficiência do Programa de Mestrado em Direito e também à querida Cláudia Márcia Magalhães, por todo o carinho, compreensão e paciência para comigo durante estes dois últimos anos.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Demonstração da desapropriação indireta	56
Figura 2 – Externalidade na desapropriação indireta	58
Figura 3 – Externalidades positivas e negativas	59
Figura 4 – Exemplo de maximização de ganhos do Estado pela desapropriação indireta	73

Não há nada que afete a imaginação e cative os sentimentos do gênero humano de maneira tão geral quanto o direito de propriedade, ou aquele domínio exclusivo e despótico que um homem reivindica e exerce sobre as coisas exteriores do mundo, excluindo totalmente o direito de qualquer outro indivíduo no universo. Ainda sim, há muito poucos que se dão ao trabalho de considerar a origem e o fundamento desse direito. BLACKSTONE (1893) ,p. 304).

RESUMO

No presente estudo, investiga-se a intervenção do Estado na propriedade privada urbana por meio da desapropriação indireta, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. Estável é na doutrina que a Constituição de Federal de 1988 relativizou o conceito de propriedade privada no Brasil por meio da tão conhecida “função social da propriedade”, trazendo legitimidade ao Estado para intervir coercitivamente em propriedades particulares, sem observância ao devido processo legal de desapropriação. A tomada coercitiva da propriedade privada pelo Estado com escopo de atender o princípio da supremacia do interesse público tem-se se revelado insuficiente em variadas circunstâncias, haja vista que as indenizações reparatórias decorrentes das ações de desapropriação indireta são extremamente morosas e ocasionam enormes custos para os proprietários expropriados. Questiona-se a eficiência da prerrogativa de intervenção Estatal pela desapropriação indireta com o objetivo de oferecer bem-estar social. Nesse sentido, o ponto de vista da Análise Econômica do Direito pode contribuir para uma competente investigação do problema apresentado. A investigação inicial baseou-se em pesquisas bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais relativas ao tema proposto. A Análise Econômica do Direito é importante para apreciação do problema apresentado, pois pode colaborar eficientemente a partir da interdisciplinaridade que se faz eclodir entre Direito e Economia. Nessa intercessão, enquanto a Ciência Econômica serve de instrumento para sistematizar a questão de forma racional, o Direito, por sua vez, busca trazer a regulamentação, por meio de normas que, quando compostas por preceito e sanção, podem aplicar penalidades que contribuam para o desincentivo da prática ilícita. Sendo assim, utilizou-se a teoria *regulatory takings*, usada no campo do direito norte-americano para referir-se às expropriações regulatórias praticadas pelo Poder Público, que, com o escopo de exercer sua prerrogativa reguladora, intervém de forma supressiva na propriedade privada.

Palavras-Chave: Propriedade privada. Intervenção estatal. Desapropriação Indireta. Precatórios. Regulação expropriatória.

ABSTRACT

In the present study, investigates the intervention of the State into private ownership through urban indirect expropriation, from the perspective of economic analysis of law. Stable is the doctrine that the Federal Constitution of 1988 relativized the concept of private property in Brazil by as well-known "social function of property", bringing legitimacy to the State to intervene coercively in private properties, without compliance with the due process of expropriation. The taking of coercive private property by the State with scope to take account of the principle of supremacy of public interest has proved inadequate in various circumstances, given that the damages resulting from the actions of restoration indirect expropriation are extremely time-consuming and cause enormous costs to expropriated owners. Question the efficiency of the prerogative of State intervention for indirect expropriation with the goal of providing social welfare. In this sense, the point of view of economic analysis of law, can contribute to a competent investigation of the problem presented. The initial investigation was based on bibliographic research, legislation and jurisprudence relating to the theme. The economic analysis of law is important for assessing the problem presented, because it can collaborate efficiently from the interdisciplinarity that do hatch between law and economics. This intercession, while the economic science serves as a tool to systematize the issue rationally; the law, in turn, seeks to bring the regulations through standards that, when composed by precept and Samson, may apply penalties that contribute to the disincentive of the unlawful practice. Being used-if the regulatory takings theory, used in the field of American law to refer to regulatory practiced by Government expropriations, which, with the scope to exercise his prerogative, so regulatory suppressive therapy in private property.

Keywords: private Property. State intervention. Indirect Expropriation. Requisitions were presented. Expropriatória regulation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O DIREITO DE PROPRIEDADE.....	13
1.1 Desenvolvimento histórico do direito de propriedade	13
1.2 Conceito de propriedade.....	16
1.3 Propriedade sob a perspectiva do Estado Liberal.....	19
1.4 Propriedade sob a perspectiva do Estado Social	21
2 A PROPRIEDADE PRIVADA DE BENS IMÓVEIS.....	23
2.1 A supremacia do interesse público.....	24
3 DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA	27
3.1 Das modalidades de intervenção estatal na propriedade imobiliária.....	28
3.1.1 <i>Da servidão administrativa.....</i>	<i>28</i>
3.1.2 <i>Requisição administrativa</i>	<i>29</i>
3.1.3 <i>Ocupação temporária</i>	<i>30</i>
3.1.4 <i>Limitações administrativas.....</i>	<i>30</i>
3.1.5 <i>Tombamento</i>	<i>31</i>
3.1.6 <i>Desapropriação.....</i>	<i>33</i>
4 DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA	35
4.1 Desapropriação indireta: aspectos processuais	38
5 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	43
5.1 A análise econômica do direito: origem e distinções	43
5.2 A interdisciplinaridade entre Direito e Economia.....	47
5.3 A Análise Econômica do Direito e o princípio da eficiência	50
6 A ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA IMOBILIÁRIA URBANA PELA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA	54

6.1 A propriedade privada e função social.....	54
6.2 A desapropriação indireta como externalidade.....	57
6.3 Critérios de fixação da indenização nas ações de desapropriação direta.....	62
6.4 Critérios de fixação da indenização nas ações de desapropriação indireta	65
6.5 Dos precatórios	67
6.6 Precatórios: aspectos procedimentais e definições	68
6.7 Precatórios e sua contribuição para ineficiência da desapropriação indireta.....	71
6.8 A desapropriação indireta como regulação expropriatória	75
6.9 A experiência norte-americana na compreensão das expropriações regulatórias	77
6.10 Da doutrina <i>Regulatory Takings</i>	80
6.11 Doutrina <i>Regulatory Takings</i> no Brasil.....	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO

A intervenção do Estado na propriedade privada, por meio da desapropriação indireta, calcada na supremacia do interesse público e no princípio da função social, importa ser submetida à Análise Econômica do Direito. Essa afirmativa justifica-se frente aos excessos cometidos pelo Estado ao intervir na propriedade privada com a justificativa de atender os interesses coletivos.

É importante destacar que a interdisciplinaridade se torna essencial para a apreciação do caso em tela, uma vez que enquanto a Economia contribui para sistematizar a questão de forma racional, cabe ao Direito a regulação dos fatos por meio de normas que visam, inclusive, proteger a liberdade e a propriedade. No entanto, não se pode afirmar que toda lei corresponde a essa afirmativa, haja vista que existe a possibilidade de atentados à propriedade privada, com o amparo legal.

Adotou-se como marco teórico para presente estudo o princípio constitucional da função social da propriedade, disciplinado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, no inciso XXIII, que submete o exercício do direito da propriedade ao atendimento de sua função social.

O princípio da função social da propriedade permitiu que o Estado se revelasse cada vez mais oportunista, intervindo na propriedade e suprimindo direitos do particular sem o devido ressarcimento. Tal dispositivo constitucional tem acobertado ações de intervenção extrema que se voltam contra a propriedade, com o escopo de atender os interesses sociais e coletivos. Dentre as variadas formas de intervenção do Estado na propriedade privada, tem-se a desapropriação indireta, que consiste em modalidade atípica de intervenção irregular e imprevisível.

Doravante, no presente trabalho, dedica-se a aplicar pressupostos da Análise Econômica do Direito com o objetivo de investigar a viabilidade da intervenção Estatal na propriedade privada, por meio da desapropriação indireta, além dos impactos trazidos pela prática dessa conduta ilegítima.

O desenvolvimento deste estudo conta com premissas e conceitos oriundos dos trabalhos desenvolvidos por Ronald Coase, Richard Epstein e Frank Michelman, além dos estudos realizados por Gustavo Binenbojm, Rafael Veras de Freitas e André Rodrigues Cyrino, que contribuíram com argumentos significativos inerentes às regulações expropriatórias.

A abordagem inicial foi dada a partir do capítulo 1, com a compreensão do direito de propriedade sobre aspectos históricos na perspectiva do Estado liberal e social. No capítulo 2, cumpriu-se estabelecer o conceito de função social da propriedade de bens imóveis, partindo da evolução da propriedade absoluta para a propriedade função, perpassando por momentos históricos até alcançar o Estado democrático que se constrói hoje, assegurado o direito de propriedade na Constituição Federal de 1988. Em contraponto, analisa-se a supremacia do interesse público em detrimento do interesse particular.

A intervenção do Estado na propriedade privada encontra-se exposta no capítulo 3, que explica as modalidades de intervenção estatal na propriedade imobiliária urbana. Assentada, como última modalidade, a noção de desapropriação ordinária passa-se ao capítulo 4, em que se atém à conceituação da desapropriação indireta, mediante a exposição de considerações, consequências e aspectos processuais.

No capítulo 5, preocupou-se em conceituar a Análise Econômica do Direito, apresentado origem e distinções, enfatizando, ainda, a importância da interdisciplinaridade entre Direito e Economia.

O capítulo 6, destinou-se analisar a intervenção do Estado na propriedade privada urbana pela desapropriação indireta, averiguando sua viabilidade mediante a experiência norte-americana da compreensão das expropriações regulatórias (*regulatory takings*).

Nesse sentido, buscou-se abranger o problema por meio de raciocínio dedutivo, com vertente metodológica jurídico-econômica, alicerçando-se na apreciação de doutrinas, jurisprudência e artigos relacionados ao tema em questão.

1 O DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade situa-se no limiar de uma relação intensa e dinâmica entre o proprietário privado e a coletividade, com o objetivo intrínseco de assegurar direitos inerentes à propriedade, tais como, utilizar, fruir livremente, dispor como bem lhe aprouver e reaver de quem que a detenha, sem, contudo, desrespeitar os direitos coletivos.

A concepção contemporânea do direito de propriedade é imprescindível para que se compreenda a efetiva necessidade de uma Análise Econômica do Direito em relação à intervenção do Estado na propriedade privada pela desapropriação indireta.

1.1 Desenvolvimento histórico do direito de propriedade

O direito de propriedade está intrinsecamente ligado à liberdade individual. Pode-se afirmar, inclusive, que se trata de uma instituição natural persistente desde os primórdios. A aquisição de bens é um anseio humano que permite ao homem obter a satisfação de suas necessidades e garantir sua sobrevivência em sociedade. Sampaio (2010) explica que grupamentos humanos nômades conheceram a propriedade, basicamente, sob a forma de posse de objetos de uso pessoal ou de animais.

Insta esclarecer que, dentre os fundamentos jurídicos da propriedade, está a teoria da natureza humana, conforme orienta Harada (2015):

A propriedade é inerente à própria natureza do homem; ela representa a condição de existência e de liberdade da criatura humana, constitui a garantia e a expressão da individualidade humana, pressuposto e instrumento de desenvolvimento intelectual e moral do homem. (p. 3).

Embora essa teoria continue desfrutando prestígio entre os civilistas, a propriedade não se limita a isso. Certo é que a propriedade perpassa por momentos históricos variados que justificam sua alta complexidade. O que inicialmente resumia-se a uma busca por bens de consumo imediato tornou-se cada vez mais complexo e, com o decorrer do tempo, o direito subjetivo de propriedade tornou-se essencial para que o homem adquirisse segurança na aquisição de bens.

O direito de propriedade tem suas origens no Império Romano, tendo se delimitado a partir de crenças místicas e religiosas, de que as terras eram relacionadas aos ancestrais romanos. Segundo Coulanges (1966, p. 96), a ideia de propriedade privada fazia parte da

própria religião. Cada família tinha o seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva.

Dessa forma, os romanos acreditavam que, após a morte, os antepassados ainda continuavam habitando em suas terras e, por essa razão, o solo romano só poderia ser adquirido por romanos e as terras eram consideradas sagradas.

Com a evolução dos tempos, a propriedade absorveu seu misticismo, ocasionando assim uma expansão romana para além dos limites da cidade. Posteriormente, a chegada da invasão bárbara ocasionou a queda do Império Romano no Ocidente, fazendo com que os proprietários se tornassem vulneráveis, chegando até mesmo ao ponto de trocar suas propriedades por proteção, entregando-as aos grandes senhores. Assim, segundo Cézar Fiúza (2010, p.770) transformavam-se em “[...] vassalos, vinculados eternamente aos grandes feudos”.

Sampaio (2010) acrescenta ainda algumas características da propriedade em Roma:

A Lei das Doze Tábuas em Roma já classificava as coisas passíveis de apropriação e as suas regras. É interessante observar que a propriedade da terra exigia justificação escrita, valia dizer, a existência de um título escrito a legitimá-la. O pater famílias era o dono de fato das coisas e pessoas que compunham a unidade familiar econômica. Dominus e potestas, como vemos, misturavam-se. Houve um tempo dos grandes latifúndios, revelando a tentação monopolista do instituto. A necessidade de pagar soldos aos guerreiros e de conter inquietações no campo terminou por dividir o domínio em direito e útil, que servirá bem aos interesses da economia feudal. (n. p.).

O autor afirma ainda que foi em Roma que apareceram as formas mais conhecidas de restrições à propriedade, como a desapropriação com fins de utilidade pública, além da desapropriação por falta de destinação produtiva à propriedade privada.

Com o surgimento do Estado, buscou-se a proteção da propriedade privada, que, por sua vez, passou a se desvencilhar do poder soberano. Daí verifica-se um elo entre propriedade e liberdade individual.

O homem, quando adquiria um bem, não manifestava a sua liberdade se esse bem estivesse vinculado ao poder soberano, que poderia tomá-lo para si a qualquer tempo. Sobre esse assunto, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2011, p. 94) orientam que “[...] sempre que o Estado Reivindica para si recursos produtivos, os indivíduos ou famílias não afirmam a sua liberdade, pois se tornam completamente dependentes do poder soberano”.

O Estado propiciou ao homem a inviolabilidade de direitos e garantias individuais, pela qual foi dada, a todas as pessoas, a liberdade e a igualdade formal sem a atribuição de privilégios sobre um ou outro indivíduo; nesse diapasão, a propriedade foi vinculada única e

exclusivamente ao esforço de cada indivíduo, resultando assim numa valorização da individualidade.

Bastos e Martins (1989) sintetiza a transição da noção de propriedade ao assinalar que “[...] a propriedade individual é atingida por um caminho que passa pelo fortalecimento da propriedade familiar que se sobrepõe à propriedade coletiva da cidade e gradativamente avulta no seio familiar a figura do pater famílias.” (p. 117).

Com grande influência das revoluções liberais do século XVIII, o Estado Liberal firmou-se estabelecendo uma nova ordem, diferente da presente no absolutismo. No entanto, a concepção do direito de propriedade como absoluto e inviolável não persistiu.

Diante dessa realidade, o final do século XIX foi marcado por movimentações que defendiam a efetivação dos direitos subjetivos, haja vista que muitos se mantinham apenas positivados e formalizados, dentre eles, o direito à propriedade.

Buscou-se, então, conferir à propriedade um caráter estruturalmente social, pelo que, mediante as influências das reflexões socialistas, houve a formação de um novo paradigma do Estado Social, que culminou na redefinição da interpretação jurídica no tocante ao direito de propriedade.

Orlando Gomes (2010) sintetiza a evolução da propriedade citando três momentos históricos: o sistema nos regimes feudal, medieval e capitalista. No primeiro momento, no regime feudal, a concepção de propriedade deu-se de forma individualizada, de modo que os indivíduos detinham apenas a propriedade dos bens necessários à sua sobrevivência. O segundo momento, também conhecido como medieval, é marcado pela concorrência entre proprietários, pois naquele período havia um concurso sobre um mesmo bem, ou seja, o proprietário, titular do domínio eminente, concedia a um terceiro o direito de utilizar economicamente de sua propriedade em troca de serviços, e a este terceiro chamava-se titular de domínio útil; tratava-se de uma espécie de propriedade paralela. Já o momento capitalista, retoma a concepção individualista da propriedade:

No regime capitalista, o conceito unitário de propriedade é restaurado e os poderes que ela confere são exagerados, a princípio, exaltando-se a concepção individualista. Ao seu exercício não se antepõe restrições, senão raras, e o direito do proprietário é elevado à condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais. (GOMES, 2010, p.111).

Atualmente, o direito de propriedade é um dos mais importantes dentre os direitos subjetivos materiais, constituindo-se integrante essencial dos direitos das coisas e se torna imprescindível em meio a um sistema de aquisição de bens constante que aduz,

inevitavelmente, a formação de conflitos de interesses diversos. Caio Mário Pereira (1998) afirma a importância do instituto jurídico ao salientar que o fenômeno da propriedade independe do desenvolvimento intelectual, é perceptível a qualquer pessoa:

Direito real por excelência, direito subjetivo padrão, ou direito fundamental [...], a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã. A ideia de "meu e teu", a noção do assenhoramento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou o *business man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças tem dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos "sentem" o fenômeno da propriedade. (p. 70).

Ainda que o autor defina a propriedade como fenômeno social claramente perceptível, defende a importância da proteção a esse direito e justifica a necessidade de consagração da propriedade como absoluta, na medida em que é oponível *erga omnes*.

1.2 Conceito de propriedade

O direito à propriedade tem previsão legal na Constituição Federal de 1988, sobretudo no artigo 5º, XXII, onde se assegura que “é garantido o direito de propriedade”, e também no artigo 1.228 do Código Civil brasileiro, que define propriedade como sendo o exercício das faculdades de uso, gozo, disposição e reivindicação da coisa.

Criticada por vários estudiosos no assunto, a definição de propriedade ainda prevalece para fins didáticos, apesar de parte da doutrina entender que “[...] a propriedade, no Código Civil não corresponde à projeção da propriedade no sistema de direito civil. Por sua vez, o conceito civilístico de propriedade já não corresponde àquilo que pretende o projeto constitucional.” (CHAVES DE FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 201).

Segundo Harada (2015), as faculdades de usar, gozar e dispor advêm do Direito romano e correspondem, respectivamente, em *jus utendi, fruendi et abutendi*. O primeiro implica a possibilidade de o proprietário usar a coisa como bem lhe aprouver, o que, por consequência, afasta o exercício da mesma faculdade por estranhos. O segundo resume-se na faculdade de colher os frutos da coisa, sejam elas civis ou naturais. E por fim, o terceiro relaciona-se ao *abusus* do romano, “[...] abuso este que se resume em dispor, alienar ou consumir a coisa”. (HARADA, 2015, p. 2).

A definição de Kiyoshi Harada, mais etimológica que propriamente conceitual, define a origem do termo, entretanto, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2011) definem

propriedade de forma mais sucinta, embora não categórica, ao conceituar propriedade como sendo uma “[...] relação jurídica complexa, formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas”. (p. 201). Em consonância, César Fiúza (2010) complementa:

No grande universo do Direito das Coisas, propriedade pode ser definida como a situação jurídica consistente em uma relação dinâmica e complexa entre uma pessoa, o dono, e a coletividade, em virtude do qual são assegurados àquele os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar um bem, respeitados os direitos da coletividade. (p. 766-767).

Esse autor orienta ainda que “[...] dizer que propriedade ou domínio é direito de usar, fruir, dispor e reivindicar é prender-se à definição analítica do Direito Romano” (p. 768). A mesma distinção pode-se verificar quando Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2011) distinguem propriedade e domínio:

Assim, o domínio é instrumentalizado pelo Direito de propriedade, ele consiste na titularidade do bem. Aquele se refere ao conteúdo interno da propriedade. Um existe em decorrência do outro. Cuida-se de conceitos complementares e comunicantes que precisam ser apartados, pois em várias situações o proprietário – detentor da titularidade formal – não será aquele que exerce o domínio (v.g. usucapião antes do registro; promessa de compra e venda após a quitação). Destarte, traduzimos o domínio como a relação material de submissão direta e imediata da coisa ao poder de seu titular, através do exercício das faculdades de uso, gozo e disposição. (p. 198).

Nesse sentido, urge salientar que a propriedade é uma relação jurídica tutelada, que se faz eclodir entre o proprietário e a coletividade; aquele pode ou não exercer as faculdades previstas no artigo 1.228 do Código Civil, no entanto, torna-se imprescindível o cumprimento da função social da propriedade, o que, conseqüentemente, introduz a coletividade como parte dessa relação.

Percebe-se que, segundo Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2011), não se trata da materialidade do bem, a propriedade não se confunde com o bem propriamente dito, mas consiste em um reconhecimento legal advindo de uma relação complexa.

Mais que isso, Tartuce (2014) define propriedade como um mínimo existencial ao afirmar que:

A propriedade deve ser entendida como um dos direitos basilares do ser humano. Basta lembrar que a expressão “é meu” constitui uma das primeiras locuções ditas pelo ser humano, nos seus primeiros anos de vida. Concretamente, é por meio da propriedade que a pessoa se sente realizada, principalmente quando tem um bem próprio para sua residência. Nesse plano, a morada da pessoa é o local próprio para a perpetuação da sua dignidade, sendo certo que a Constituição Federal protege o direito à moradia no seu art. 6.º, dispositivo que foi introduzido pela Emenda

Constitucional 26/2000. Em verdade, o direito à vida digna, dentro da ideia de um patrimônio mínimo, começa com a propriedade da casa própria, tão almejada nos meios populares. Isso justifica toda a preocupação desse autor em relação a essa tutela. (p. 105).

Em suma, a propriedade pode ser entendida em vários sentidos. Fiúza (2010) orienta para o sentido amplo e restrito que sintetiza bem o que fora analisado:

[...] temos que a palavra propriedade pode significar, num sentido mais amplo, a situação jurídica composta de uma relação dinâmica e complexa entre o dono e a coletividade, da qual surgem direitos e deveres para ambos; num sentido mais estrito, pode significar apenas os direitos do dono de usar, fruir, dispor e reivindicar, daí se falar em direito ou direitos de propriedade; e num sentido mais específico e objetivo, a propriedade é a própria coisa, objeto do domínio. Daí falar em propriedade urbana ou rural, como sinônimo do imóvel ou prédio urbano ou rural. (p. 769).

Ademais, pode-se perceber que houve um estágio inicial do conceito de propriedade, no qual esta era entendida como fenômeno social, que se resumia a uma mera aquisição e manutenção de bens, contudo, posteriormente, o conceito de propriedade foi se tornando cada vez mais complexo, até alcançar a noção de propriedade privada que conhecemos hoje. Atualmente, o exercício da propriedade privada deve caminhar em consonância às disposições e ordem pública vigente, de forma que haja o exercício da liberdade individual, desde que observados os interesses difusos e coletivos.

Não obstante, a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789 – afirmou que “[...] os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos [...]”, afirmando, ainda, que “[...] o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. (n. p.). No entanto, no artigo 17º do diploma supracitado, a propriedade é tida como um “direito inviolável e sagrado”. Embora o conceito de sagrado existisse no Estado Liberal, refletia aquela noção da propriedade romana, na qual a propriedade era interligada aos ancestrais, o que justificava o culto aos mortos e a ocupação das terras exclusivamente por romanos.

Percebe-se, com isso, que o direito de propriedade buscava manter o caráter sagrado da propriedade com um viés de poder soberano do indivíduo sobre a coisa inviolável e absoluta. A propriedade, antes caracterizada como “inviolável e sagrada”, por muito tempo foi considerada como prerrogativa da pessoa, uma capacidade inerente ao indivíduo.

No entanto, atribuir ao sujeito a plena expressão da liberdade em relação à propriedade não foi satisfatório, era preciso criar um instituto pelo qual o homem pudesse assegurar não só

os seus interesses inerentes à sua esfera de propriedade, mas também a regulação das relações advindas desse direito.

O paradigma do Estado Liberal, caracterizado pela ordem burguesa e a mínima presença do Estado, não obteve sucesso frente à impossibilidade de manutenção de um modelo Estatal pautado no individualismo, posto que o Estado existia apenas como guardador de algumas garantias, tais como, as liberdades individuais, a legalidade e a segurança. Esse contexto ocasionou a reformulação de conceitos com influência de reflexões socialistas, dentre eles, o direito de propriedade:

A edificação do direito de propriedade como um direito absoluto e inviolável assegurou que muitos atores do sistema econômico cometessem abusos diversos em nome do desenvolvimento econômico. No final do século XIX, se iniciou uma movimentação para a funcionalização dos direitos subjetivos, dentre os quais, o direito de propriedade, com o objetivo de romper com o seu caráter eminentemente absoluto e individual, conferindo-lhe um caráter estruturalmente social. (FALLE, 2012, p. 169).

Com o passar dos anos, a propriedade foi perdendo sua concepção absoluta e passou a ser entendida como realização das pretensões e valores existentes na Constituição, sendo submetida ao cumprimento da função social.

1.3 Propriedade sob a perspectiva do Estado Liberal

Conceituar estado de natureza consiste em explicar um momento pré-social em que os indivíduos coexistiam de forma isolada, lutando pela sobrevivência. Segundo Hobbes (2002, p. 34), o momento histórico caracteriza-se por uma espécie de “guerra de todos contra todos”, ao passo que, com o escopo de se protegerem, os seres humanos criavam suas próprias armas e, dessa forma, protegiam a si mesmos e as terras que ocupavam. A essa época não havia garantias, tampouco reconhecimento de posse; essa premissa era alcançada pela força, na qual a vontade do mais forte prevalecia sobre o mais fraco, momento em que Hobbes definiu como sendo “o homem lobo do homem”.

Rousseau (2007) também definiu esse momento histórico em que os seres humanos viviam isolados na natureza e dependentes do que advinha dela, comunicando-se por meio dos gestos, gritos e canto, numa espécie de linguagem benevolente característica de uma felicidade original. No entanto, segundo o autor, a divisão entre os seres humanos inicia-se quando alguém cerca a terra alheia e diz “é meu”, dando origem à propriedade privada e, conseqüentemente, ao estado de sociedade da “guerra de todos contra todos” hobbesiano.

Por meio das características do “estado de natureza” e do “estado de sociedade”, denota-se que o cenário social se tornou uma guerra entre os homens, a partir do momento em que a posse era adquirida por meio da força, sem garantias nem direitos.

Após esse período, os homens decidiram organizar-se em sociedade civil, criando as leis por meio de um contrato social, no qual os homens renunciaram à liberdade e à posse natural dos bens, transferindo-os a um terceiro soberano, tornando-o autoridade e instituindo um corpo político chamado Estado. A finalidade, embora não fosse a única, consistia em, basicamente, garantir o direito natural da propriedade.

Para Marilena Chauí, a teoria liberal, a função do Estado é tríplice:

1. Por meio das leis e do uso legal da violência (exército e polícia), garantir o direito natural de propriedade, sem interferir na vida econômica, pois, não tendo instituído a propriedade, o Estado não tem poder para nela interferir. Donde a idéia de liberalismo, isto é, o Estado deve respeitar a liberdade econômica dos proprietários privados, deixando que façam as regras e as normas das atividades econômicas;
2. Visto que os proprietários privados são capazes de estabelecer as regras e as normas da vida econômica ou do mercado, entre o Estado e o indivíduo intercala-se uma esfera social, a **sociedade civil**, sobre a qual o Estado não tem poder instituinte, mas apenas a função de garantidor e de árbitro dos conflitos nela existentes. O Estado tem a função de arbitrar, por meio das leis e da força, os conflitos da sociedade civil;
3. O Estado tem o direito de legislar, permitir e proibir tudo quanto pertença à esfera da vida pública, mas não tem o direito de intervir sobre a consciência dos governados. O Estado deve garantir a liberdade de consciência, isto é, a liberdade de pensamento de todos os governados e só poderá exercer censura nos casos em que se emitam opiniões sediciosas que ponham em risco o próprio Estado. (CHAUÍ, 2000, p. 520).

No que tange à propriedade, na perspectiva liberal, o Estado intervém de maneira extrema conforme o estado de natureza:

Perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem [...]. O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que [...] nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses. (LOCKE, 1978, p. 35-36).

Nesse diapasão, na perspectiva liberal, a liberdade do exercício estatal é delimitada pela própria lei da natureza, que pressupõe que o proprietário, estando garantido pelo próprio Estado, pode exercer seu direito de propriedade de maneira que melhor de aprover, por meio de uma relação em que o interesse social se torna irrelevante.

1.4 Propriedade sob a perspectiva do Estado Social

O Estado Social consiste no resultado de uma transformação do Estado Liberal clássico por meio da incorporação de direitos sociais. Como marco histórico, pode-se citar a Revolução Mexicana em 1910, a Revolução Russa em 1917 e a Reconstrução da Alemanha (após a primeira Guerra Mundial). Esses períodos foram característicos por considerar que os direitos sociais consistiam em direitos fundamentais da pessoa humana, o que resultou em clamor social pela garantia desses direitos. Nesses períodos, também se percebe um Estado mais próximo “[...] como válvula de escape para esse clamor social que ressurgira, principalmente em consequência das experiências nazistas na segunda guerra mundial”. (MARTINEZ, 2004, n. p.).

Verifica-se que o Estado social mescla a combinação de direitos sociais e democracia, com o objetivo de conciliar direitos e liberdades, individuais e políticas, com os direitos sociais, econômicos e culturais que até então eram afastados de plano pelos liberais.

Nesse sentido, a consolidação de alguns direitos fundamentais tem origem ideológica enraizada na estruturação do Estado Social de Direito, que foi incorporando alguns direitos afetos ao Estado Democrático de Direito até se chegar ao Estado contemporâneo. Como visto, o Estado liberal caracteriza-se por um estado mínimo, não interventor, tendo por principal meta assegurar a liberdade e segurança de seus cidadãos. Por sua vez, o Estado social não se contenta com referidas garantias e passa a atuar visando não só a liberdade e segurança de seus indivíduos, bem como na concretização de uma maior igualdade por intermédio de ações positivas, buscando, assim, minimizar a acentuada desigualdade provocada no Estado liberal, sem, contudo, se desfazer das garantias conquistadas nesses paradigmas, senão vejamos:

A novidade do estado democrático de direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas se deve perceber que esta nova conjugação incorpora características inéditas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado a questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e a comunidade (STRECK; MORAIS, 2014, p. 104).

STRECK e MORAIS ainda pontuam sobre Estado Democrático de Direito:

O estado democrático de direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o estado social de direito, a uma adaptação melhoradas condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto de democracia para veicular

uma perspectiva de futuro voltada a produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 98).

No Estado Democrático de Direito, tem-se um Estado mais efetivo, a fim de consolidar os direitos e princípios constitucionais. Segundo John Rawls (2003), consiste no contrato social em que há “[...] acordo hipotético em uma posição original de equidade”. (p. 113-114). A afirmação de Rawls pauta-se em dois princípios: a liberdade, que consiste em liberdades básicas dos indivíduos (tais como, a religiosa e a de expressão), e o da equidade social e econômica, que tende a beneficiar aqueles menos favorecidos economicamente.

2 A PROPRIEDADE PRIVADA DE BENS IMÓVEIS

O direito à propriedade não está restrito à propriedade privada de bens imóveis, ele é bem amplo e engloba variadas formas de domínio. No entanto, considerando que esta pesquisa está direcionada a um estudo sobre a intervenção do Estado na propriedade privada, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, é imprescindível o desenvolvimento do conceito da propriedade imobiliária.

Como já dito anteriormente, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.228, caracteriza juridicamente a propriedade como sendo o direito ao exercício das faculdades de uso, gozo, disposição e reivindicação da coisa. Tais faculdades ensejam conceder ao proprietário da coisa uma expectativa individualista e absoluta da propriedade. Contudo, toda essa autonomia logo perde suas prerrogativas quando comparadas as normas oriundas da Constituição Federal de 1988. Segundo a Constituição, a propriedade de bens deve ser exercida em consonância ao bem-estar comum e aos interesses sociais da coletividade.

Aquela propriedade absoluta, dos primórdios romanos, há tempos já deixou de existir, e o exercício do direito de propriedade nos dias de hoje carrega um fardo de condições e limites para o seu exercício.

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXII, assegura veementemente que a todos é garantido o direito à propriedade. Em contrapartida, a mesma Constituição, no inciso XXIII, restringe o direito da propriedade determinando que ela deverá atender à sua função social. Nos arts. 182, § 2º, e 186, também traz a distinção da função social das propriedades urbana e rural:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. [...]

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

I – aproveitamento racional e adequado;

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

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

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Nesse sentido, entende-se que a propriedade privada imobiliária consiste na prerrogativa inerente ao bem imóvel, de usar, gozar, dispor e reaver em determinadas circunstâncias, desde de que observados os limites da função social estabelecidos constitucionalmente. No Brasil, irremediavelmente, a Constituição Federal restringe o direito de propriedade imobiliária, submetendo-o à “função social da propriedade”.

2.1 A supremacia do interesse público

Conforme exposto anteriormente, a concepção de Estado social perpassou por ambientes de valores individualistas que acabaram por influenciar tanto o espaço privado, como o público. Com a mudança do paradigma estatal voltada para intervenção que visa satisfazer interesses coletivos, construiu-se a noção do princípio da supremacia do interesse público, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009), “[...] fundamenta o regime jurídico administrativo”. (p. 56).

A Constituição Federal brasileira garante ao Estado a legitimidade para agir de maneira interventiva, quando as relações versarem sobre interesses coletivos e, em caso de conflito entre os interesses públicos e privados, estes primeiros devem prevalecer, sempre convalidados pelo princípio constitucional da supremacia do interesse público.

O Estado deixou de atuar em proteção a interesses individuais para dedicar-se à proteção dos interesses coletivos, e essa mudança paradigmática levou ao desenvolvimento de pressupostos jurídicos que constituem o regime jurídico administrativo no atual contexto brasileiro.

Ainda que as prerrogativas de regulação permitam que o Estado elevar os interesses da coletividade em desfavor do particular, não se pode ignorar que as intervenções estatais devem se sujeitar a limites administrativos que, caso não sejam respeitados, poderão acarretar nulidade.

Certo é que o Estado carece de prerrogativas imperativas que o permita exercer a administração pública. Contudo, há de se admitir que no Brasil muitas das intervenções estatais em propriedades privadas se pautam no princípio da supremacia no interesse público, configurando verdadeiro abuso estatal.

O Estado Democrático de Direito não pressupõe que o princípio da supremacia do interesse público seja fundamento do regime jurídico administrativo, haja vista que tal supremacia advém da estrutura jurídica hierarquicamente organizada e constitucionalmente disposta que acaba por vincular a administração pública, ao passo que o interesse público

pressupõe a satisfação dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Com base nisso, afirma-se que a supremacia do interesse público não pode ser interpretada como mero brocardo do Direito Administrativo.

Atualmente, a política no Brasil, bem como a formação social, é caracterizada por práticas explicitamente coronelísticas e clientelísticas, que acabam por desvirtuar o escopo da Administração Pública, dando tratamento à coisa pública como se fosse propriedade privada de quem governa.

Nesse sentido, a defesa do interesse secundário a todo custo e de forma tendenciosa, mesmo que obedeça aos limites legais impostos à Administração Pública, resultará em um autoritarismo por parte do Estado e em conseqüente desordem social.

O Estado Democrático de Direito vem se desvirtuando ao longo dos anos e atualmente já não reverencia mais a propriedade privada no Brasil. As reiteradas práticas intervencionistas da Administração Pública têm contribuído fartamente para a extinção do direito de propriedade imobiliária, com o escopo de estar atendendo aos interesses da coletividade.

Certo é que o interesse público deve preservar sua posição de superioridade, quando se tratar da proteção dos interesses sociais e coletivos. A legitimidade para agir em defesa dos méritos da coletividade precisa estar em um nível elevado, para que o Estado possa trabalhar em benefício do maior número de pessoas. Entretanto, a esse respeito é curioso notar que existe uma desproporcionalidade de direitos, haja vista que a defesa dos interesses da coletividade contrapõe o interesse privado.

Na vertente que privilegia os interesses sociais e coletivos, deve-se levar em consideração os atributos conferidos ao Estado Democrático de Direito, que, apesar do dever de garantir a supremacia do interesse público, tem a obrigação de zelar pelo respeito ao mérito individual, levando em consideração a razoabilidade e a ponderação de interesses a ser analisada em cada caso concreto, com o objetivo de garantir o equilíbrio e a proporcionalidade entre interesses públicos e privados.

Legitimado pela supremacia do interesse público e mediante o exercício da função social da propriedade, o Estado tem-se manifestado de forma negativa, interferindo coercitivamente no exercício da vontade do proprietário privado e compelindo-o a exercer seu direito de propriedade em consonância aos interesses da coletividade. Conforme assegura Lafayette Josué Petter (2009):

Busca-se através dessa função social conciliar o benefício individual com o coletivo. Neste aspecto são exigíveis posturas ativas do proprietário. A propriedade privada cumpre a sua função social quando, além de oportunizar a realização da dignidade da pessoa humana, também contribuir para o desenvolvimento nacional e para a diminuição de pobreza e das desigualdades sociais. (p. 71).

Nesse sentido, o Direito Econômico busca o desenvolvimento de uma sociedade justa e, para isso, carece de uma atuação enérgica e eficaz por parte do Estado; mas a questão é: como promover esse desenvolvimento quando o agente causador do dano é o próprio Estado? A questão não é tão simples quanto parece.

Consequentemente, é necessária a compreensão do comportamento interventivo do Estado na propriedade privada, para que possamos contrabalancear custos e benefícios decorrentes dessa modalidade de intervenção.

3 DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA

O Estado contemporâneo foi caracterizado por uma conduta de caráter mais humanizada, com o escopo de assegurar com primazia direitos fundamentais e sociais. Um dos fundamentos basilares para a intervenção do Estado na propriedade privada é a supremacia do interesse público. Para tanto, ao regular questões sociais, o Estado tem praticado diversas modalidades de intervenção restritiva na propriedade privada. Dessa forma, em muitos casos, o Estado se vê diante de situações em que se torna imprescindível a restrição de direitos privados.

No que se refere à intervenção do Estado na propriedade privada, Hely Lopes Meirelles (2010) traz um conceito que demonstra esta soberania restritiva: “Entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do Poder Público que, fundado em lei, compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público.” (p. 649).

Nesse sentido, tem-se que a intervenção do Estado na propriedade privada é lícita, entretanto, deve estar condicionada ao cumprimento da função social da propriedade. Tal subordinação impõe limites ao ato administrativo de restringir direitos de propriedade, pelo que todas as espécies de restrições deverão estar amparadas por previsão legal.

Segundo Carvalho Filho (2014), existem dois tipos básicos de intervenção Estatal na propriedade privada, quais sejam: as intervenções restritiva e supressiva. A primeira não retira do proprietário o seu direito de propriedade, no entanto impõem-lhe obrigações, tais como, a de fazer, não fazer ou deixar de fazer, que, vinculados à propriedade, implica uma adequação segundo a pretensão estatal. Dessa modalidade, pode-se citar a ocupação temporária, as limitações administrativas, a requisição administrativa, o tombamento e a servidão administrativa. Já na intervenção supressiva, o Estado, que encontra suporte no argumento de defesa do interesse público, transfere, de forma coercitiva, o patrimônio do particular para si, extinguindo o seu direito de propriedade e restando ao prejudicado a reparação por perdas e danos. Vale lembrar que o que concede legitimidade para a intervenção supressiva é a necessidade ou utilidade pública e o interesse social.

Desse último tipo de intervenção nota-se grande semelhança com as peculiaridades típicas do estado de natureza; no entanto, enquanto naquela as terras eram adquiridas por meio da força de homens fortes contra homens fracos, agora o Estado tomam as terras para si com o uso da coercibilidade legitimado pelo princípio da supremacia do interesse público numa

espécie de “guerra de todos contra um”, haja vista que se depara, nesse caso, com o conflito entre o interesse coletivo e o interesse particular.

3.1 Das modalidades de intervenção estatal na propriedade imobiliária

A temática intervenção do Estado na propriedade privada apresenta-se como um instituto jurídico de extrema relevância no âmbito do Direito Administrativo. O Estado intervém na propriedade particular para atingir seus objetivos como interesse primeiro. Como já se viu anteriormente, tal intervenção advém do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, do não cumprimento da função social da propriedade, bem como do domínio eminente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009) elabora em sua obra, *Direito Administrativo*, uma análise sobre o referido tema, abordando os diversos conceitos produzidos por vários doutrinadores para as modalidades de intervenção estatal em questão. Explana a autora que, atualmente, podem ser indicadas as seguintes modalidades de restrição do Estado sobre a propriedade privada, cada qual afetando de modo diverso o direito de propriedade: as limitações administrativas, a ocupação temporária, o tombamento, a requisição, a servidão administrativa, a desapropriação e o parcelamento e edificação compulsórios. (DI PIETRO, 2009).

3.1.1 Da servidão administrativa

Consiste na instituição de direito real de natureza pública em que o Estado impõe ônus ao bem imóvel alheio, fundado no domínio eminente. É a modalidade de intervenção estatal que autoriza o Poder Público e seus delegatários gozar e usar a propriedade de outrem para possibilitar a execução de obras e serviços de interesse coletivo.

Nesse diapasão, sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) que servidão administrativa é o direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto a seu gozo.

A título de exemplo, tem-se a instalação, em terrenos particulares, de torres de transmissão de energia elétrica, a passagem de fios e cabos pelo bem imóvel, as placas contendo o nome da rua na fachada de residências. Tal instrumento de intervenção não altera o caráter da propriedade, porém cria restrições à sua utilização.

No tocante ao direito à indenização, cumpre ressaltar que tal limitação imposta pelo Estado não gera direito indenizatório ao proprietário, salvo se houver comprovação de dano ou significativo prejuízo ao imóvel.

A servidão administrativa pode ser instituída mediante acordo entre o Poder Público e o dono do bem ou por meio de sentença judicial. Alexandre Mazza (2011) prescreve que:

[...] A modalidade típica é por *acordo entre o Poder Público e o proprietário*, precedido da expedição de decreto pelo Chefe do Poder Executivo. Se o proprietário rejeitar a servidão, é possível a sua decretação por *sentença judicial*, adotando-se o mesmo procedimento previsto no Decreto-Lei n. 3.365/41 para as ações expropriatórias. Pode ocorrer ainda a *instituição forçada* de servidão por meio da imposição legal de restrições à propriedade, restando ao particular prejudicado pleitear judicialmente reparação dos danos sofridos. Ou ainda estabelecer a servidão por meio de *lei específica*. (p. 262, grifos nossos).

A princípio, tal modalidade de intervenção é permanente, podendo ocorrer sua extinção somente em situações eventuais, como no caso de desinteresse do Estado em continuar valendo-se do domínio, desaparecimento do bem, incorporação dele ao domínio público etc.

3.1.2 Requisição administrativa

Segundo o artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal de 1988, “[...] no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” (n. p.). Em outras palavras, a requisição administrativa ocorre quando o Poder Público utiliza transitoriamente a propriedade privada em situações de urgência, perigo público. Os exemplos mais comuns são a utilização de propriedade particular para socorrer vítimas de acidente, automóvel para evitar a fuga de delinquente, escada para combater incêndio, entre outros.

Noutro giro, a requisição administrativa pode recair sobre bens, móveis, imóveis, semoventes, bens públicos e, eventualmente, sobre serviços. Nesse sentido, Mazza (2011) afirma:

Em casos excepcionais, deve-se considerar possível também a requisição, pela União, de bens públicos estaduais ou municipais, assim como, pelo Estado, de bens municipais, adotando-se analogicamente a regra de desapropriações de bens públicos prevista no art. 2º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/41. Embora o Texto Constitucional faça referência à “propriedade particular”, a doutrina admite requisição de serviços, em hipóteses como a convocação de mesários para

eleição, de jurados para Tribunal do Júri e de conscritos para o serviço militar obrigatório. (p. 265).

Concernente ao direito de indenização, ressalta-se que esta deve ser posterior, caso haja comprovado prejuízo decorrente do uso da coisa.

3.1.3 Ocupação temporária

Diferentemente da requisição administrativa, que necessita do perigo público iminente para ocorrer, a ocupação temporária se dá mediante demonstração de interesse público. Tem fundamento legal no artigo 36, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 (Lei das Desapropriações), que dispõe que “[...] é permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização. O expropriante prestará caução, quando exigida” (n. p.).

Em linhas gerais, Di Pietro (2009) conceitua que:

Ocupação temporária é a forma de limitação do Estado à propriedade privada que se caracteriza pela utilização transitória, gratuita ou remunerada, de imóvel de propriedade particular, para fins de interesse público. [...] Não é possível considerar a ocupação temporária como forma de expropriação, porque aquela, ao contrário desta, não implica perda da propriedade pelo particular. (p. 133-135).

Alexandre Mazza (2011) assevera que a referida ocupação ocorre em um pequeno lapso temporal e consiste no apoio à realização de obras públicas ou à prestação de serviços públicos, podendo ter como objeto bens móveis e imóveis.

Por via de regra, a instituição da ocupação temporária não gera direito à indenização, salvo se houver comprovação de prejuízo significativo ao bem, ou quando for vinculada à desapropriação. Nesse último caso, a indenização será obrigatória.

3.1.4 Limitações administrativas

É a imposição de determinadas obrigações (permissivas, positivas ou negativas) a proprietários indeterminados por parte do Poder Público. São oriundas de normas abstratas e gerais, fundadas no poder de polícia do Estado, que visam saciar os interesses da coletividade. Consoante Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009), “[...] nas limitações administrativas, o proprietário conserva em suas mãos a totalidade de direitos inerentes ao domínio, ficando

apenas sujeito às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social”. (p. 132).

A princípio não cabe indenização nessa modalidade de intervenção do Estado, visto que não é direcionada à determinada pessoa e não retira totalmente a propriedade do imóvel; entretanto, os Tribunais têm atribuído indenizações a algumas limitações administrativas quando estas promovem o esvaziamento econômico da propriedade.

3.1.5 Tombamento

De origem portuguesa, o tombamento é o procedimento administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, arqueológico ou paisagístico de certa propriedade. Significa registrar, inscrever determinado bem nos arquivos da Administração Pública.

Tem como base legal o artigo 216, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, que aduz: “O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registro, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.” (n. p.).

O tombamento incide sobre bens móveis, imóveis, públicos ou privados de interesse social, podendo ser classificado como de ofício, voluntário ou compulsório:

- a) *tombamento de ofício* – incide sobre bens públicos; efetua-se por determinação do Presidente do IPHAN (ou do respectivo órgão competente, na esfera estadual e municipal); a entidade a que o bem pertencer deve ser notificada (art. 5º);
- b) *tombamento voluntário* – recai sobre bem privado e realiza-se mediante simples concordância de seu proprietário, a seu pedido ou em atendimento a notificação (art. 7º);
- c) *tombamento compulsório* – ocorre quando o proprietário recusa-se a anuir à inscrição do bem; nesse caso, instaura-se um processo, com as seguintes fases: c1) o órgão competente notifica o proprietário para este anuir ao tombamento ou impugnar por escrito, dentro de quinze dias; c2) não havendo impugnação no prazo, a autoridade competente determina a inscrição do bem no livro do tomo; c3) havendo impugnação, o órgão ou interessado, de onde emanou a proposta de tombamento, deverá manifestar-se; c4) em seguida, os autos são remetidos ao Conselho do Órgão competente para decisão; c5) no âmbito federal, a decisão no sentido do tombamento, que se traduz a inscrição, tem sua eficácia dependente de homologação do Ministro da Cultura; do ato de tombamento cabe recurso ao Presidente da República, se emitido pelo IPHAN; o tombamento compulsório reveste-se de caráter provisório, se for iniciado pela notificação; tem caráter definitivo mediante inscrição no livro de tomo, definitivamente homologada. (MEDAUAR, 2004, p. 408).

Vale destacar que determinados bens de origem estrangeira não são suscetíveis de tombamento, conforme prevê artigo 3º do Decreto-Lei n. 25/1937:

Excluem-se do patrimônio histórico e artístico nacional as obras de origem estrangeira:

1. que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;
2. que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;
3. que se incluam entre os bens referidos no art. 10 da Introdução do Código Civil, e que continuem sujeitas à lei pessoal do proprietário;
4. que pertençam a casa de comércio de objetos históricos ou artísticos;
5. que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;
6. que sejam importadas por empresas estrangeiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

Parágrafo único. As obras mencionadas nas alíneas 4 e 5 terão guia de licença para livre trânsito, fornecida pelo Serviço ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. (BRASIL, 1937).

Em detrimento do tombamento, o proprietário do bem tem o dever de cuidar dele, mas não faz jus ao direito de indenização, salvo se demonstrar que houve prejuízo em decorrência da referida intervenção estatal.

Di Pietro (2009) esclarece que o proprietário fica sujeito às seguintes obrigações:

1. **positivas:** fazer as obras de conservação necessárias à preservação do bem ou, se não tiver meios, comunicar a sua necessidade ao órgão competente, sob pena de incorrer em multa correspondente ao dobro da importância em que foi avaliado o dano sofrido pela coisa (art. 19); em caso de alienação onerosa do bem, deverá assegurar o direito de preferência da União, Estados e Municípios, nessa ordem, sob pena de nulidade do ato, sequestro do bem por qualquer dos titulares do direito de preferência e multa de 20% do valor do bem a que ficam sujeitos o transmitente e o adquirente; as punições serão determinadas pelo Poder Judiciário (art. 22). Se o **bem** tombado for **público**, será inalienável, ressalvada a possibilidade de transferência entre União, Estados e Municípios (art.11).
2. **negativas:** o proprietário não pode destruir, demolir ou mutilar as coisas tombadas nem, sem prévia autorização do IPHAN, repará-las, pintá-las ou restaurá-las, sob pena de multa de 50% do dano causado (art. 17); também não pode, em se tratando de bens móveis, retirá-los do país, senão por curto prazo, para fins de intercâmbio cultural, a juízo do IPHAN (art. 14); tentada sua exportação, a coisa fica sujeita a sequestro e o seu proprietário, às penas cominadas para o crime de contrabando e multa (art. 15)
3. **obrigação de suportar:** o proprietário fica sujeito à fiscalização do bem pelo órgão técnico competente, sob pena de multa em caso de opor obstáculos indevidos à vigilância. (p. 143-144).

O bem pode ser “*destombado*” caso perca as características que levaram à referida limitação estatal.

3.1.6 Desapropriação

A desapropriação caracteriza-se como a forma originária de aquisição da propriedade que afeta bens ou direitos. Ela possui caráter definitivo e perpétuo, podendo atingir, em determinadas ocasiões, bens públicos.

Não podem ser objetos de desapropriação os bens que se situam fora da extensão territorial, a moeda corrente, os direitos personalíssimos e a propriedade produtiva (artigo 185, inciso II, da Constituição Federal de 1988).

Seu fundamento Constitucional encontra-se disposto no artigo 5º, inciso XXIV, que prescreve: “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.” (n. p.).

Nesse sentido, Odete Medauar (2004) leciona que:

Desapropriação é a figura jurídica pela qual o poder público, necessitando de um bem para fins de interesse público, retira-o do patrimônio do proprietário, mediante prévia indenização. A desapropriação atinge o caráter perpétuo do direito de propriedade, pois extingue o vínculo entre proprietário e bem, substituindo-o por uma indenização.

Sob o ângulo do direito privado, a desapropriação representa um modo de perda da propriedade. Sob o enfoque do direito público, configura um meio de aquisição de bem público ou um instrumento de realização de atividades de interesse público, inclusive no tocante a mais justa distribuição da propriedade. (p. 413).

A desapropriação tem como beneficiárias as pessoas de Direito Público e de Direito Privado concessionárias de serviço público ou que exerçam atividade de interesse público.

Pode ser classificada como “desapropriação ordinária”, que tem como motivação fática e jurídica, a utilidade e necessidade pública, além do interesse público ou social, ou “desapropriação sancionatória”, que se subdivide em desapropriação “urbanística” (artigo 182, parágrafo 4º, CR/88), “rural” — reforma agrária (artigo 186, CR/88) — e “expropriatória” (artigo 243, CR/88).

As desapropriações “urbanística” e “rural” fundamentam-se no descumprimento da função social da propriedade, casos em que a indenização não é paga em pecúnia, mas sim por meio de títulos da dívida pública. A primeira é de competência exclusiva dos municípios que tenha plano-diretor aprovado por lei. É exigida lei específica que determine o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Já a segunda é de competência exclusiva da União, quando o imóvel rural é destinado à reforma agrária (entendimento do STF), e não

pode incidir sob a propriedade rural produtiva e sob a pequena e média propriedade, desde que o dono não possua outro imóvel.

A desapropriação “expropriatória” é destinada às propriedades que possuam plantações ilícitas. O artigo 243 da Constituição afirma que:

As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. (BRASIL, 1988).

Por fim, o procedimento de desapropriação divide-se em duas fases: declaratória e executória. Aquela está relacionada à declaração de utilidade pública e esta às manifestações para efetivar a concretização de vontade fundada na declaração de utilidade pública.

A fase executória pode ser amigável (extrajudicial), quando o poder expropriante e o expropriado acordam com relação ao preço e pode, por isso, concretizar-se a aquisição compulsória mediante acordo no que concerne à indenização, operando-se, então, sem intervenção do Poder Judiciário; ou judicial, que implica a propositura, em juízo, da ação expropriatória pelo expropriante. Nessa hipótese, a manifestação do Judiciário poderá se dar de forma homologatória, quando o expropriado aceita, em juízo, o valor ofertado pelo expropriante, ou contenciosa, quando não há acordo entre as partes sobre o preço do bem (MELLO, 2009).

Após arbitrado o valor pelo magistrado e aceito pelo expropriado, o Estado, alegando urgência, terá direito à imissão na posse. Segundo Odete Medauar (2004), o proprietário poderá apresentar contestação versando sobre vício no processo judicial ou impugnação do preço ofertado.

4 DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

A desapropriação indireta é uma modalidade atípica de intervenção do Estado na propriedade privada, que ocorre de maneira irregular e imprevisível, podendo ser evitada por meio de “[...] medidas simples de planejamento e gestão responsável da função administrativa”. (MARINELA, 2010, p. 830)

Em sentido literal, a desapropriação indireta não pode ser propriamente definida como instituto jurídico, pois não alcança previsão legal específica. Conforme orienta Kiyoshi Harada (2015, p. 291), “[...] trata-se de um instrumento processual”¹ pelo qual o proprietário do imóvel é expropriado pelo Estado, de maneira unilateral e coercitiva, sem receber por isso a justa e prévia indenização². Nessa modalidade de intervenção, o proprietário desapropriado não possui legitimidade para reaver o bem expropriado, contudo poderá requer a devida indenização pelo prejuízo sofrido.

A desapropriação indireta é genuinamente ilícita e nem mesmo deveria existir. Nas palavras de Meirelles (2010), toda desapropriação deve ser precedida de declaração expropriatória regular, na qual se indique o bem a ser desapropriado e se especifique sua destinação pública ou de interesse social. Não há, nem pode haver, desapropriação de fato, ou indireta.

Embora a desapropriação indireta não disponha de dispositivo legal que a regule de forma específica, possui fundamento legal alcançado pelo artigo 35, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 (Lei das Desapropriações), que dispõe sobre o tema:

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

Esse artigo refere-se ao fato propriamente dito, ou seja, sempre que o bem expropriado³ for incorporado ao patrimônio público, ainda que o processo de desapropriação

¹ Kiyoshi Harada (2015) qualifica a desapropriação indireta como sendo “[...] um mero instrumento processual para forçar o Poder Público a indenizar o ato ilícito, representado pelo desapossamento da propriedade particular, sem o devido processo legal”. (p. 291).

² O art. 5º, inciso XXIV da Constituição Federal Brasileira, institui que “[...] 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” (os casos previstos nessa Constituição referem-se às desapropriações realizadas União, para fins de Reforma Agrária, restrita tal possibilidade a terras improdutivas e pelos Municípios, como o exemplo do art. 182, §4º, III, da CF). Contudo, o próprio art. 182, §3º reafirma o disposto no art. 5º, XXIV: “As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”.

³ O bem expropriado é aquele desapropriado indiretamente, ou seja, que sofre uma modalidade de desapropriação coercitiva que priva o proprietário do bem que lhe pertence sem a devida indenização.

seja nulo, não há possibilidade de reaver o bem por parte do proprietário, ou seja, a forma com que o bem foi tomado é irrelevante, o que realmente importa é que a incorporação tenha se consolidado.

A desapropriação indireta consuma-se exatamente no momento em que o bem expropriado é incorporado ao patrimônio público, pois é a partir desse momento que ocorre a perda definitiva da propriedade privada. Para ser ressarcido, o proprietário expropriado terá que se valer de uma ação por desapropriação indireta para que o juiz reconheça o fato consumado e defina uma indenização justa.

No Brasil, a desapropriação indireta vem tomando proporções cada vez maiores. O que de início resumia-se a casos extremos, tem se tornado cada vez mais comum, e o plano de ocupação ilegal pelo Poder Público já consiste em instrumento utilizado reiteradamente por diversos municípios.

Comumente, o Poder Público tem se apossado ilicitamente de um grande número de propriedades privadas com o escopo de estar atendendo a requisitos de interesses sociais e utilidade pública.

Essa prática tem se tornado cada vez mais comum; em muitos casos, os proprietários não oferecem resistência por não perceberem de início que tal intervenção lhes trará grande prejuízo econômico; ou por se encontrarem incapacitados de impedir a atuação do Estado

Fato é que o particular não está obrigado a aceitar pacificamente essa modalidade de intervenção, haja vista que existem à disposição dele meios que possibilitam sua defesa, permitindo que este se oponha ao desapossamento administrativo, inclusive, por meio de sua própria força física.

Essa proteção é defesa em lei e pode ser utilizada contra o Poder Público quando este comete o esbulho possessório, conforme assegura o art. 1.210 do Código Civil de 2002:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

O proprietário que se encontrar tolhido de seus direitos de propriedade pode ainda ajuizar ação possessória nos moldes do Art. 554 do Novo Código de Processo Civil de 2015, que trouxe uma inovação com o escopo de conferir ainda mais proteção ao prejudicado, ao afirmar que, havendo a propositura de uma ação em vez da outra, “[...] não obstará a que o

juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos pressupostos estejam provados”. (n. p.).

Nesse viés, pode o possuidor lançar mão do interdito proibitório e da manutenção da posse intentando a ação supramencionada em caso de esbulho possessório administrativo, uma vez que, no Novo Código de Processo Civil de 2015, o parágrafo único do Art. 562, Seção II, (que versa sobre manutenção e integração de posse) adverte que “[...] contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais” (n. p.), enquanto o Art. 568 (que trata do interdito proibitório) afirma que se aplica a esse instituto o disposto na seção II.

Diferentemente, em face do princípio da intangibilidade da obra pública⁴, se a obra for executada antes do cumprimento da liminar, esta restará prejudicada. A intangibilidade da obra pública impede a resolução do conflito por meio da demolição da obra construída, por exemplo. O mesmo não ocorre quando o particular constrói obra em terreno público haja vista que, diante do princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, é permitido ao ente público efetuar a demolição da obra. Dessa forma, no primeiro caso, resta ao particular pleitear pela indenização causada mediante esbulho possessório pelo Estado.

Na hipótese em que a interposição da ação possessória ocorrer após a iniciação da obra, conforme o Art. 554 do Novo Código de Processo Civil de 2015, pode o juiz convertê-la em ação de desapropriação indireta. O mesmo ocorre se a obra acontecer antes do cumprimento da liminar, haja vista que, pelo princípio da economia processual constante no Art. 5º, Inc. LXXVII da Constituição Federal, a todos, seja no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados meios que garantam a celeridade da tramitação processual, posto que, conforme orientam Cintra, Grinover e Dinamarco (2012), esse princípio “[...] preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”. (p. 79).

Ainda que exista a possibilidade de apreciação pelo Judiciário, resultando em consequente indenização do dano causado pelo esbulho, há um considerável desequilíbrio quanto às prerrogativas que gozam as partes envolvidas, haja vista a existência de premissas que favorecem o Estado em detrimento do particular e que, na prática, golpeiam o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴ A “intangibilidade” diz respeito à impossibilidade de destruição do bem público. De acordo com esse princípio, a construção de obra pública em terreno particular constitui-se, *a prima facie*, prejuízo para o possuidor, ou seja, uma vez edificada a obra pública, tem-se a impossibilidade de reivindicação do bem. O princípio da intangibilidade da obra pública, “*l’ouvrage public mal planté ne se détruit pas*”, procede da jurisprudência Francesa. (GONÇALVES, 2005).

Ademais, ainda que em hipóteses de escassez de recursos financeiros para o exercício de uma desapropriação nos moldes da lei, o instrumento de desapropriação indireta tenha sido ingenuamente empregado como forma de alcançar melhoramentos públicos em favor do bem-estar social, essa intenção fracassou, e atualmente tem resultado infração de direitos de propriedade fundamentais e individuais, bem como em princípios orçamentários.

4.1 Desapropriação indireta: aspectos processuais

Embora não possua regulamentação legal previamente definida, a atuação interventiva do Estado na propriedade privada pela desapropriação indireta vem se solidificando por meio de reiteradas práticas jurisprudências que tentam recompensar o expropriado mediante uma espécie de remuneração indenizatória pela perda da propriedade privada. Segundo Darcy Bessone (1996), trata-se de um verdadeiro esbulho e não há regulamentação legal que delibere sobre essa extravagância:

Não há lei regulamentando a matéria, nem mesmo para definir-lhe os requisitos essenciais. Tudo cai, assim, no terreno do arbítrio. A combinação dos incisos XXII e XXIV do art. 5º da Constituição Federal evidencia que só a lei pode dispor sobre qualquer forma de desapropriação, sob pena de ofensa à garantia constitucional da propriedade. Se não há lei regulamentando, a chamada 'desapropriação indireta' constitui extravagância, ainda que placitada pelos mais altos Tribunais do País. (p. 227).

Na hipótese de tomada irregular da propriedade privada pelo Estado, o proprietário deverá ajuizar uma ação ordinária indenizatória, também conhecida como apossamento administrativo ou desapropriação indireta. Se na propositura da ação reivindicatória for constatada a execução de uma obra pública sendo edificada em terreno expropriado, conclui-se pela impossibilidade absoluta de reaver o bem. Isso ocorre porque, quando executada a obra pública, esta se torna bem de uso comum do povo. Então, face à impossibilidade da ação reivindicatória do bem expropriado, torna-se apropriada a propositura da ação de desapropriação indireta.

O magistrado estabelecerá a indenização de acordo com os requisitos instituídos pelo Decreto-Lei nº 3.365/41, que trata da desapropriação direta; sendo assim, se constatado ato ilícito do Estado, este será condenado a pagar a mesma indenização que pagaria no caso de uma desapropriação regular.

A Súmula 119 do STJ, definiu o prazo prescricional de 20 anos para propositura da ação de desapropriação indireta, entretanto, cumpre observar que esta Súmula é

contemporânea ao Código Civil de 1916. Atualmente o STJ já entende que o prazo prescricional é de 10 anos, pois é este o prazo adotado pelo Código Civil atual para ação de usucapião ordinária. Dessa forma, o artigo Art. 2.028 do referido Código define que “[...] Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Neste sentido Harada (2015) esclarece que:

Apesar do Código Civil, que entrou em vigor em 2002, ter reduzido o prazo prescricional vintenário para dez anos, deve-se observar a regra de transição que está prevista no art. 2.028 do Código Civil vigente. Se decorrido mais da metade do tempo previsto na lei anterior (código de 1916) por ocasião da entrada em vigor do novo Código aplica-se o prazo a lei anterior. O novo prazo prescricional não tem o condão de atingir fatos pretéritos. Se à época do advento do novo prazo já havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional original aplica-se a lei anterior, ou seja, o prazo do art. 550 do Código Civil de 1916 que segundo a doutrina e jurisprudência era o prazo aplicável à propositura da ação de desapropriação indireta por apossamento administrativo, ou seja, 20 anos. (p. 294).

Frente a essas considerações, pode-se afirmar que o prazo prescricional dependerá da época em que ocorreu o ato.

Quanto à legitimidade para propositura da ação de desapropriação indireta é importante salientar que o autor deve ser o titular do domínio do bem apossado; contudo, a exigência de título dominial deve ser flexibilizada para o ingresso da ação.

Embora a titularidade do bem seja um requisito importante a ser considerado, entende-se que não se pode negar a indenização devida para o compromissário comprador que, tendo quitado toda a dívida, ainda não regularizou o registro do título aquisitivo no Cartório de Registro de Imóveis, por exemplo.

Sendo assim, nessa situação hipotética, pode-se afirmar que, ainda que o autor não titularize a propriedade plena do imóvel, mas tendo quitado a dívida em relação ao bem, quando o imóvel é tomado pelo Poder Público, que o torna intangível, resta a esse autor perquirir os prejuízos sofridos, e dele será o interesse em obter a indenização sobre o bem apossado, não sendo viável exigir do promissário vendedor que este o faça, posto que deste já não há interesse.

Há de se considerar que a posse consiste em um bem jurídico tutelado, tal como a propriedade, embora haja distinções nesse amparo. Por esse motivo, consiste em objeto de indenização quando for expropriado ou apossado.

Assim, malgrado o artigo 34 do Decreto-Lei nº 3.365/41 exija prova de propriedade ao afirmar que o levantamento do valor a ser indenizado será “[...] deferido mediante prova de

propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais, com o prazo de 10 dias, para conhecimento de terceiros”, essa determinação aplica-se apenas aos casos em que há disputa de titularidade em ação própria, gerando a dúvida sobre o domínio. Nesse caso, o parágrafo único do mesmo artigo informa que “[...] se o juiz verificar que há dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputa-lo”. Casos análogos já foram decididos no Egrégio Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ESBULHO COMPROVADO. TITULARIDADE DO IMÓVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADA. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. 1. Tratando-se de desapropriação indireta, a promessa de compra e venda, ainda que não registrada no cartório de imóveis, habilita os promissários compradores a receberem a indenização pelo esbulho praticado pelo ente público. 2. *Possuem direito à indenização o titular do domínio, o titular do direito real limitado e o detentor da posse.* Precedente desta Corte. (BRASIL, 2016).

O julgamento anterior define que, assim como a posse pode ser objeto de indenização, mediante pagamento justo quando há desapropriação, assim também ocorre nos casos de esbulho, momento em que a indenização far-se-á na oportunidade da ação de desapropriação indireta, que visa indenizar o particular pela ação expropriatória do Estado sem a observação do devido processo legal.

Nesse sentido, a indenização é apurada conforme a lei que a rege, mas os polos da relação jurídico processual são invertidos, passando o Estado a figurar como réu e o proprietário ou possuidor como autor da ação.

Para Salles (2009, p. 737), outro aspecto importante diz respeito ao termo “apossamento”, uma vez que “[...] ocorre quando o Poder Público, inexistindo acordo ou processo judicial adequado, se apossa do bem particular, sem consentimento de seu proprietário, obrigando-o a ir a juízo para reclamar a indenização”, ou seja, consiste em elemento essencial à propositura da ação desapropriação indireta.

Dessa forma, o indeferimento da licença de edificação pelo fato de o imóvel estar no plano de expropriação, por exemplo, não possui o elemento essencial de posse e, por isso, não é amparado pela ação supramencionada. No entanto, “[...] toda vez que o Poder Público decretar uma medida que impeça o proprietário de usufruir da propriedade por tempo ilimitado” (HARADA, 2015, p. 296) entende-se por cabível a indenização, haja vista consistir em apossamento administrativo. Nesse sentido, segue entendimento do STJ de Santa Catarina:

ADMINISTRATIVO - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA 1 "Se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso de propriedade e, nesse caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem (Hely Lopes Meirelles)" (AC n. 99.018071-9, Des. Silveira Lenzi). INEXISTÊNCIA DE EFETIVO APOSSAMENTO - CONSULTA DE VIABILIDADE - PROIBIÇÃO DE QUALQUER CONSTRUÇÃO - ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE 1 A alegação de que não houve o efetivo apossamento da propriedade e de que se trata de simples limitação administrativa não procede, porquanto, ainda que mascarada sob a alegada mera limitação, o certo é que foram impostas severas restrições administrativas sobre o direito de propriedade dos autores, o que de fato acabou por aniquilar o valor econômico do bem, sendo devido o pagamento de indenização pelo Poder Público (REsps ns. 659.220/SP e 439.192/SP). 2 A limitação que esvazia economicamente o direito de propriedade implica a indenização integral do bem e importa a transferência de seu domínio ao Poder Público após o pagamento da verba indenizatória. (SANTA CATARINA, 2011).

Nesse caso concreto, nota-se que o posicionamento judicial pátrio tem-se revelado favorável ao cabimento de indenizações aos expropriados, até mesmo quando essas expropriações surgem disfarçadas de meras limitações administrativas.

Ainda que haja fundamento para a desapropriação indireta, bem como sua aceitação pela jurisprudência e por parte dos doutrinadores, não se pode olvidar que essa forma vai em desencontro com os ditames constitucionais, haja vista que a lei maior garante o direito de propriedade, além de estabelecer requisitos para que haja a desapropriação, tais como: a declaração de utilidade pública ou interesse social e o prévio pagamento da indenização.

Ademais, o instituto de desapropriação direta previsto na Constituição Federal é imprescindível para que em determinadas situações se alcance a realização da função social da propriedade. Além disso, tal instituto legitima-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, sem deixar o proprietário desamparado, ferindo-o em sua dignidade.

Nesse sentido, o Estado não pode deixar de construir uma obra de interesse público para evitar conflito com o particular; no entanto, poderá fazê-lo sem ferir o direito de propriedade entendida como a relação jurídica tutelada pelo Estado, que exige, por meio da carta magna, o requisito de pagamento de indenização prévia.

O problema da desapropriação indireta reside na inobservância dos requisitos constitucionais, ao passo que o fato ocorre por falta de planejamento do Poder Público, ferindo não só os princípios da administração pública, mas também ultrapassando limites e garantias constitucionais.

A desapropriação indireta fere o direito de propriedade, antes tutelado constitucionalmente, e o transforma em uma mera expectativa de direito, haja vista o ônus da prova que recai sobre o expropriado e a impossibilidade de se chegar à verdade absoluta no processo civil.

Diante do princípio da intangibilidade, ocorrendo a incorporação do patrimônio público ao proprietário, não resta alternativa senão pleitear indenização, devido à impossibilidade de reivindicação da coisa que, se ocorresse, traria prejuízo à coletividade. No entanto, não se pode olvidar que a desapropriação indireta consiste em uma situação de fato que produz efeitos jurídicos reconhecidos pela legislação infraconstitucional, mas que não ordem constitucional não possui respaldo.

Importante ressaltar que o apossamento administrativo não se confunde com a desapropriação indireta. Ao passo que o primeiro consiste em o Estado assumir a posse do bem, podendo subsistir o direito de propriedade; no segundo, o direito de propriedade é extinto e o bem é incorporado ao patrimônio público. Embora haja semelhança, não se confundem, podendo o apossamento administrativo anteceder a desapropriação indireta, como ocorre em muitos casos.

5 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

5.1 A análise econômica do direito: origem e distinções

Antes de partir para uma definição do que seja uma Análise Econômica do Direito, faz-se necessária a diferenciação e o estudo da relação que se faz eclodir entre Direito e a Economia. As discussões envolvendo Direito e Economia são remotas e não é de hoje que muitos estudiosos se propõem a buscar soluções científicas para deliberar sobre questões derivadas do comportamento social.

Conforme Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (2005), o diálogo entre Direito e Economia é antigo:

Foi no século XVIII que Adam Smith e Jeremy Bentham, o primeiro ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, o outro ao associar legislação e utilitarismo, demonstravam a importância de análise interdisciplinar e multidisciplinar de fatos sociais. Embora haja estudos anteriores, é a partir dos anos 60 do século passado que se inicia o desenvolvimento da denominada área *Law and Economics*, que vem se fortalecendo na pesquisa acadêmica. (p. 74).

O Direito consiste em uma forma de conhecimento aplicado que busca regular as relações humanas, por meio de um sistema de normas jurídicas, e caracteriza-se pela facilidade de se adaptar às probabilidades de interdisciplinaridade de forma diversificada no campo social, relacionando-se com diversas disciplinas, dentre as quais, a Economia.

De acordo com Santos (2015), mais do que a eficácia jurídica da aplicação de uma norma em sua literalidade, a doutrina moderna preocupa-se com sua eficácia social, ou seja, a efetividade do ordenamento como um todo, destinado a produzir os efeitos a que se pretende.

Já a Economia é reconhecida como uma ciência humana, impelida na construção de uma teoria racional em relação aos procedimentos econômicos, buscando alcançar soluções eficientes para o maior número de questões. Nesse contexto, o objeto da economia consiste no estudo das trocas oriundas das diversas relações que envolvem a circulação de recursos escassos em determinada sociedade. Vasconcellos e Garcia (2012, p. 2) definem a Economia nos seguintes dizeres:

A economia centraliza-se na alocação de recursos produtivos limitados para satisfazer as necessidades ilimitadas da sociedade. É conceituada como a ciência social que observa de que forma a sociedade decide aplicar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, para distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, com o objetivo de atender as necessidades humanas.

Por meio da Economia, é possível analisar os processos de distribuição, acumulação, produção e consumo de bens materiais, bem como as formas de manutenção e equilíbrio de gastos em uma sociedade.

Nota-se que o Direito, diferente da Economia, não possui um objeto real definido, haja vista que o conhecimento jurídico a ser aplicado advém de demandas conflitantes, não permitindo assim que se possa definir previamente qual é o seu objeto. A preocupação do Direito em si está diretamente relacionada ao devido cumprimento das normas jurídicas, e as decisões judiciais, em regra, obedecem à uma sistematização legal das relações sociais, sem levar em consideração a efetiva repercussão de suas decisões em longo prazo. Sobre a repercussão das decisões jurídicas nas relações sociais, Maria Tereza Mello e Heloisa Esteves (2008) afirmam: “Mais preocupado com princípios e premissas normativos, o jurista muitas vezes despreza os problemas reais decorrentes da aplicação de uma norma, pouco lhe importando o que efetivamente acontecerá em função de certa decisão normativa ou judicial.” (p. 4).

Nesse sentido, a matéria jurídica consolida-se por meio das diversas questões que desafiam a seara jurisdicional. Com isso, é possível afirmar que todo acontecimento social pode ser observado pelo prisma jurídico, até mesmo as relações econômicas.

Por meio do exposto, denota-se que, enquanto a Economia se debruça em entender determinado aspecto da natureza humana, o Direito intervém nessas relações buscando dirimir os conflitos e objetivando alcançar a justiça, baseando-se em valores éticos e morais.

À Ciência Econômica cabe descrever de forma racional as relações econômicas; entretanto, essa descrição racional concernente à Economia exerce significativa influência sobre a seara jurídica, estreitando assim as relações entre Direito e Economia. Essa afinidade interdisciplinar permite que a atuação jurídica em si se amolde proporcionalmente aos ditames e peculiaridades do direito econômico.

No entanto, o Direito não se submete totalmente às regras da Economia, posto que, ao intervir na esfera econômica e criar normas em relação a ela, o Direito acaba por interferir na lógica mercadológica, modificando o conjunto de elementos classificados e organizados pela Economia.

Ademais, a relação entre Direito e Economia contribui eficientemente com toda a sua racionalidade esquematizada para a eficácia na aplicação das normas, haja vista que, no momento da criação da norma, os legisladores não possuem conhecimento suficiente para prever como os impactos de uma sanção poderão afetar o comportamento social. Para

respostas a perguntas como essas, o Direito recorre à Economia, conforme demonstrado por Robert Cooter e Thomas Ulen (2010):

A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem a preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada. A economia tem teorias matemáticas precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento. (p. 25).

Embora o desenvolvimento de estudos no campo *Law and Economics* tenha se iniciado a partir da década de 1960, sua essência pode ser verificada a partir da constatação da necessidade de interdisciplinaridade entre Direito e Economia como conhecimento científico.

Segundo Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (2005), a consolidação do movimento começou a se fortalecer a partir da publicação de alguns trabalhos e desenvolvimento de diálogos entre juristas, economistas e estudiosos:

O movimento começa a ganhar corpo com a publicação de *The Problem of Social Cost*, de Ronald H. Coase, professor da Universidade de Chicago, passa por Richard Posner, com *Economic Analysis of Law*, ambos professores da Universidade de Chicago, por *The Cost of Accidents* de Guido Calabresi, de Yale. Além deles, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros, aprofundam o diálogo. (p. 74).

Dentre as obras clássicas que enraízam o diálogo entre Direito e Economia, destaca-se a obra *The problem of social cost*, escrita por Ronald Coase em 1960, que avalia a questão dos custos sociais e das implicações oriundas das atividades econômicas, ponderando a figura intervencionista do Estado e destacando a incoerência da economia de bem-estar social.

Ronald H. Coase foi professor da Universidade de Chicago e teve como aluno Richard Posner⁵, que propôs, em 1973, o trabalho intitulado *Economic Analysis of Law*, um instituto científico respeitável que contribuiu significativamente para a complementação do movimento *Law and Economics*. Posteriormente à referida publicação, o movimento alcançou destaque na seara jurídica, beneficiando assim o desenvolvimento da disciplina no mundo, e Richard Posner passou a ser considerado precursor da Análise Econômica do Direito.

⁵ Para Richard Posner (2011), a interpretação do Direito precisa ser mais objetiva e a Economia pode auxiliar precisamente nesse processo, por meio de sua cientificidade. O autor afirma que o Direito necessita de uma forma de interpretação que leve em conta as consequências de sua aplicação em longo prazo. Dessa forma, as decisões judiciais poderiam ser tomadas levando em consideração a ponderação custo/benefício e ultrapassando as fronteiras da lógica jurídica, de forma a alcançar maior eficiência na alocação de recursos.

Muitos autores e escolas contribuíram e ainda cooperam significativamente para a Análise Econômica do Direito, cujo conteúdo tem se alastrado pelo mundo como uma das disciplinas mais relevantes para diagnóstico comportamental de como as normas podem influenciar a conduta dos indivíduos.

O desenvolvimento primordial da Análise Econômica do Direito como disciplina deu-se nas universidades norte-americanas, em especial nas escolas de Chicago, Yale e Berkeley. Ainda que Richard Posner tenha sido considerado como precursor dessa disciplina, muitos outros estudiosos passaram a defender a Análise Econômica do Direito como uma alternativa eficaz para assegurar a alocação de direitos econômicos e sociais.

As contribuições de pesquisas para o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito avançaram pelo mundo, chegando ao Brasil a partir de pesquisas acadêmicas e trabalhos que necessitavam de uma interdisciplinaridade entre Direito e Economia.

A princípio, as pesquisas voltadas para a Análise Econômica do Direito no Brasil chegaram a caminhar vagarosamente devido à dificuldade de encontrar abertura para trabalhar a vinculação entre as disciplinas de Direito e Economia nas faculdades. Entretanto, essa morosidade no desenvolvimento das pesquisas não prevaleceu por muito tempo.

As investigações realizadas sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito começaram a ganhar peso no Brasil a partir do ano de 1990, com a possibilidade de implantação da disciplina nos cursos de nível superior, tais como, especializações, mestrados e doutorados, que começaram a propor pesquisas consideráveis, marcando a introdução dessa especialidade no contexto brasileiro.

Contribuíram inicialmente para os estudos inerentes à disciplina da Análise Econômica do Direito no Brasil, escolas como a Universidade Federal de Minas Gerais, a Universidade Federal da Paraíba⁶, a Pontifícia Universidade Católica do Paraná, a Faculdade de Direito Milton Campos, a Universidade Federal de Brasília, a Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e de São Paulo, a Universidade Fumec de Minas Gerais, entre muitas outras, disponibilizando linhas de pesquisa que permitem abordar estudos baseados na interdisciplinaridade entre Direito e Economia, ou até mesmo linhas de pesquisas integralmente voltadas para a Análise Econômica do Direito.

⁶ A Universidade Federal da Paraíba tem se destacado tanto na contribuição para o desenvolvimento de pesquisas na seara da Análise Econômica do Direito, que a Associação Latino-Americana e Ibérica de Direito e Economia (ALACDE) concedeu à professora da UFPB Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega o prêmio “*Robert Cooter ALACDE Award for Scholarships on Law and Economics*”, distinção dada pelo comitê científico internacional pela inovação e contribuição acadêmica do trabalho de pesquisa desenvolvido na área de Análise Econômica do Direito. Disponível em: <goo.gl/bYS050>. Acesso em: 28 jun. 2016.

Com o decorrer dos anos, muitos profissionais brasileiros foram se especializando no campo da Análise Econômica do Direito. Associações como Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e a Associação Mineira de Direito e Economia (AMDE), entre outras, colaboram efetivamente para o desenvolvimento da interdisciplinaridade entre Direito e Economia; entretanto, a disciplina ainda caminha devagar, necessitando de um espaço bem mais amplo, tanto na seara acadêmica como na esfera jurídica.

5.2 A interdisciplinaridade entre Direito e Economia

A aplicação eficiente da Análise Econômica do Direito leva em consideração o equilíbrio entre Direito e Economia, visto que uma matéria não se submete à outra, mas caminham juntas, por meio de uma atuação interdisciplinar que objetiva resguardar tanto os interesses econômicos, como também os que carecem de intervenção judicial.

A relação interdisciplinar entre as matérias de Direito e Economia pode ser identificada na busca pela eficiência da alocação de recursos escassos, conforme orienta o Teorema de Coase. O Teorema diz respeito às ineficiências econômicas em determinadas situações. Para Ronald Coase (1960), externalidades ou ineficiências econômicas devem ser corrigidas e internalizadas por meio de negociação entre as partes afetadas, sem que haja a real necessidade de intervenção do Estado, objetivando sempre a concretização do bem-estar econômico e social. Entretanto, para que essa negociação seja possível, os direitos de propriedade precisam estar seguramente definidos, devendo haver a real possibilidade de negociação sem custos de transação.

Ronald Coase acreditava que as atitudes dos membros de uma sociedade beneficiariam o sistema econômico quando estes conseguissem elevar ao máximo o valor de sua produção. Para ele, uma política econômica eficiente seria aquela em que as melhores decisões seriam tomadas a partir de incentivos positivos.

Considerando que Ronald Coase atribui o bem-estar social especificamente à elevação máxima de produção e recursos dentro de uma economia, deve-se prezar por cautela e ponderação na utilização das teorias estrangeiras, haja vista o atual contexto social brasileiro que possui outra concepção de bem-estar social, garantida por um Estado intervencionista e de economia desenfreada.

Também não se pode negar que, mediante a utilização de teorias econômicas aplicadas à edição de normas jurídicas, com o objetivo de incentivar a população a se comportar de maneira mais benéfica, obtém-se a eficiência da alocação de recursos escassos e,

consequentemente, o bem-estar social. Isso porque “[...] as ciências econômicas estudam a atividade produtiva não somente sob o aspecto do preço, mas considerando a alocação de recursos conforme as leis e os mecanismos de sua aplicação presentes na realidade dos agentes econômicos”. (CATEB; GALLO, 2016, n. p.).

Em 1991, Ronald Coase ganhou o Prêmio Nobel de Economia, e uma de suas mensagens centrais dizia respeito à preocupação com os problemas reais de uma sociedade em que economistas, juristas e cientistas sociais deveriam estar se preocupando com problemas reais do mundo atual, exatamente como ele se comporta hoje e não como ele deveria ser.

O conteúdo do Direito transforma-se constantemente e, por essa razão, os princípios econômicos seriam úteis quando omissa a lei, funcionando de forma acessória e complementar. Dessa forma, ainda que não se possa implementar, no conteúdo do Direito, todos os preceitos inerentes à teoria econômica, também não se pode negar que a abordagem interdisciplinar se torna imprescindível para a criação e aplicação de normas jurídicas eficientes.

Conforme se posicionou Souza (2010, p. 61), se ao Direito cabe regular a Economia, nada mais apropriado que a viabilização da interdisciplinaridade entre esses dois campos do conhecimento,

Se o Direito se propõe a regular a Economia, necessário, em consequência, o conhecimento da sistemática econômica pelos juristas, posto que somente com a compreensão pode-se formular entre as diversas questões juízos de valor, preferencialmente, consensuais entre disciplinas que interagem entre si. A viabilização de um conhecimento interdisciplinar que resulte no enriquecimento das bases teóricas e compreensão da matéria a ser normatizada representa pressuposto para uma produção jurídica, a qual, como produção cultural, deve estar adequada às circunstâncias socioeconômicas de dado momento histórico. O Direito tem a missão de compatibilizar os interesses econômicos com os outros valores sociais.

Desse modo, ainda que a Análise Econômica do Direito proponha uma construção de diretrizes estatais voltadas para a Economia, essa concepção torna-se um tanto quanto arriscada ao passo que tende a fazer do Direito um emaranhado de ideologias predominantemente voltadas para uma classe social economicamente dominante, e esse aspecto não condiz às diretrizes do Estado Social Brasileiro.

Isso chama a atenção para a necessidade de um estudo rigoroso das teorias estrangeiras antes de importá-las e aplicá-las às estruturas estatais brasileiras, que possuem finalidades e anseios distintos. Mesmo porque o conhecimento não se opera de forma

individual⁷, mas de forma coletiva e decorrente, inclusive, de experiências cotidianas. Toda teoria encontra-se dotada de aspectos particulares advindos do momento histórico em que foram estabelecidas e investidos de peculiaridades características de determinada sociedade.

Nota-se que o Brasil se caracteriza por ser um país com embates sociais visivelmente detectados e grande parte do capital encontra-se centralizada em uma só parcela da sociedade. Contudo, deve-se considerar que, mesmo frente a essa realidade, a Constituição Federal consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo o núcleo do ordenamento jurídico, o que pressupõe uma tutela Estatal voltada para a qualidade de vida.

Alicerces da ordem jurídica democrática, pode-se dizer que a dignidade vem a retratar o conteúdo do imperativo categórico Kantiano, segundo o qual o homem há que ser considerado como um fim em si mesmo, jamais como um meio para obtenção de qualquer outra finalidade. Autor referencial, o homem requer tutela voltada, exatamente, à sua qualidade humana. Daí falar-se em existencialismo, como forma de se destacar o caráter da proteção jurídica. Há que se prezar pela sua pessoa, não se admitindo situações que ocasionem qualquer instrumentalização humana. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 69).

Nesse sentido, a tarefa do Estado não se limita mas também envolve a promoção da dignidade da pessoa humana, o que pressupõe a construção de oportunidades para que a parcela societária marginalizada possa desenvolver suas potencialidades. Não obstante, há uma inegável relação entre o crescimento econômico e a tutela jurídica, capaz de promover a dignidade humana. Por isso, há de se atentar para a importância do estudo, de forma interdisciplinar entre Direito e Economia, abordando de forma jurídico-econômica os desafios sociais enfrentados pelo Estado.

No entanto, deve-se prezar por cautela na escolha correta das teorias estrangeiras para aplicação no contexto econômico brasileiro, evitando-se assim equívocos que venham agravar ainda mais o problema que se pretende corrigir.

Nesse sentido, são apropriadas as considerações de Souza (2010, p. 63), de que “[...] não se pode admitir que, sob as escusas de formular teoria interdisciplinar entre Direito e Economia, privilegie-se a adoção de teses que venham a favorecer a consagração de ideologias, através do sistema jurídico”. Isso porque nem todas as teorias estrangeiras podem ser implementadas, por não se aplicar ao contexto social brasileiro.

⁷ “A objetividade da ciência, que não se opera de forma individual, mas sim como uma experiência coletiva. Como o objeto do conhecimento decorre de uma relação entre sujeito e objeto, no momento da elaboração ela se encontra impregnada de aspectos subjetivos. Assim, compete aos estudiosos da área do conhecimento pertinente à teoria a análise crítica das proposições científicas, esforço dialético necessário que impõe a identificação de ideologias impregnadas na teoria, com vistas à constante melhoria ou ruptura com os conhecimentos viciados e tendenciosos.” (SOUZA, 2010, p. 62-63).

Entretanto, ainda que não seja possível abarcar por completo todas as teorias advindas da Análise Econômica do Direito, não se pode olvidar que grande é a parcela de preceitos eficientes trazidos por essa disciplina, capazes de contribuir de forma extraordinária para um avanço adequado na elaboração e aplicação de normas jurídicas.

Por isso, torna-se indispensável que o emprego da Análise Econômica do Direito se prenda à realidade social vigente, evitando-se assim desvios de objetivo na busca por soluções eficientes. Para Oliveira (2015, p. 36), “[...] a ênfase nas consequências da interpretação enseja a crescente correspondência entre a norma e a realidade, afastando promessas legislativas utópicas que desconsideram a realidade econômica e social em que serão aplicadas.”

Portanto, faz-se necessário esclarecer que o objetivo aqui não é desmerecer os avanços e méritos alcançados pelo crescimento da Análise Econômica do Direito, haja vista ser nítida a contribuição advinda da Economia ao longo da história, conforme se extrai:

A economia forneceu os fundamentos intelectuais para os movimentos de desregulação na década de 1970, que resultou em mudanças drásticas nos Estados Unidos, com p. ex., a dissolução de entidades regulatórias que estabeleciam os preços e as rotas para aviões, caminhões e ferrovias, e agora está ajudando e examinando a desregulamentação – anteriormente inconcebível – da geração de energia elétrica. A economia também constituiu a força intelectual por trás da revolução ocorrida no direito antitruste dos Estados Unidos nos anos 1970 e 1980, e atualmente está desempenhando uma função semelhante na revolução antitruste que está apenas começando na União Europeia. Numa outra área de políticas públicas, uma comissão criada pelo congresso norte-americano em 1984 para reformar as sentenças penais dos tribunais federais usou explicitamente os resultados do direito e da economia para alcançar alguns de seus resultados. (COOTER; ULEN, 2010, p. 24-25).

Assim, o presente estudo prosseguirá com uma abordagem sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, levando em consideração as diferenças existentes entre os objetivos de cada Estado social, a fim de aplicar os preceitos trazidos pela teoria *Law and Economics* na proporção do contexto econômico e social brasileiro.

5.3 A Análise Econômica do Direito e o princípio da eficiência

Conforme já abordado anteriormente, é sabido que a interdisciplinaridade entre Direito e Economia evidencia a importância de se levar em consideração a perspectiva econômica na criação e aplicação de preceitos jurídicos.

Como resultado dessa interdisciplinaridade, tem-se a Análise Econômica do Direito, cuja proposta oferece um método para desenvolvimento de estudos e pesquisas científicas, desenvolvidas empiricamente, que permitem prever os efeitos das normas sobre o comportamento social, ou seja, uma investigação científica e presumível de como as leis podem influenciar a conduta dos indivíduos.

Ivo Teixeira Gico Júnior (2009) define a Análise Econômica do Direito como sendo:

O campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. (p. 4).

A interpretação oriunda da Análise Econômica do Direito traz duas concepções diferentes, conforme esclarece Rafael Oliveira (2015, p. 36):

A AED possui duas concepções distintas: a) positiva: analisa os efeitos das normas jurídicas sobre o comportamento dos agentes econômicos (ex: impacto das normas que estipulam a divisão de riscos em contratos administrativos ou que consagram a regra da responsabilidade civil objetiva); e b) normativa: recomenda a elaboração de políticas públicas e de normas que venham a produzir as melhores consequências econômicas (ex: escolha entre regular ou não determinado mercado).

À medida que a concepção positiva da Análise Econômica do Direito procura responder a questionamentos de como os preceitos legais podem influenciar diretamente na conduta dos indivíduos e das instituições, a concepção normativa empenha-se em encontrar normas mais eficientes para a manutenção do bem-estar social.

Uma análise normativa, por exemplo, pode contribuir para recomendar ao Estado que refreie e pondere seu modo de intervir na propriedade privada. Entretanto, inserir preceitos econômicos na seara jurídica não é tarefa fácil. Isso porque a utilização de parâmetros econômicos, apesar de eficiente e objetiva, implica contrapor-se ao Direito de forma crítica, para que se possa identificar falhas presumíveis em normas legislativas e suprimir problemas normativos.

Bruno Meyerhof Salama (2008, p. 16) traz uma indagação sobre qual seria o projeto acadêmico da disciplina de Direito e Economia:

Qual seria, então? A meu ver, deve ser essencialmente o de (a) aprofundar a discussão sobre as opções institucionais disponíveis, trazendo os efeitos de cada opção para o centro do debate, (b) apontar os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas existentes, de modo a identificar interesses dos diversos grupos,

inclusive daqueles sub-representados no processo político representativo, (c) repensar o papel do Poder Judiciário, de modo que este se encaixe nos sistemas modernos de formulação de políticas públicas, mas tendo em conta que o país já possui uma tradição jurídica, e (d) enriquecer a gramática jurídica, oferecendo novo ferramental conceitual que ajude os estudiosos, os profissionais, e os pesquisadores em direito a enfrentar dilemas normativos e interpretativos.

O autor propõe uma interseção complementadora entre Direito e Economia, tal como deve ser. Dessa forma, tem-se que um olhar sob a perspectiva econômica pode contribuir efetivamente para antecipar os impactos de uma tomada de decisão, para assim promover a eficiência do Direito.

Um dos objetivos principais que norteiam a Análise Econômica do Direito é o de promover um Direito eficiente. A Eficiência de Pareto, também conhecida como “Ótimo de Pareto”⁸ e o critério de Eficiência de Kaldor-Hicks⁹ são dois exemplos de critérios que afirmam a eficiência na circulação de riquezas.

De acordo com a Eficiência de Pareto, a medida só se tornará eficiente quando beneficiar a condição de um determinado indivíduo sem prejudicar a situação de outro. Essa espécie de circunstância dificilmente ocorre, pois desconsidera a ocorrência das externalidades negativas, cada vez mais comuns na sociedade contemporânea. Dificilmente o Poder Judiciário encontra a oportunidade de tomar uma decisão que beneficie ambas as partes. Por sua vez, segundo o critério de Eficiência de Kaldor-Hicks, as normas devem ser elaboradas para beneficiar o maior número de pessoas, ou seja, causando o máximo de bem-estar possível.

Adotando o critério de Kaldor-Hicks, alcança-se um resultado em que os benefícios alcançados por A superam os prejuízos percebidos por B, ou seja, aqueles em melhor situação alcançariam benefícios suficientes que os permitissem compensar os que houvessem permanecido em situação desprivilegiada.

⁸ O francês Vilfredo Pareto instituiu o “Ótimo de Pareto” como um critério de avaliação do bem-estar social. Entretanto, a aplicação desse conceito inaugurou uma nova linha de pensamento e desencadeou importantes mudanças no estudo da Economia. O “Ótimo de Pareto” enuncia que o bem-estar máximo de uma sociedade é alcançado quando não existir outro Estado tal que seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o bem-estar de outro. (GARCIA, 1996).

⁹ O critério Kaldor-Hicks, dos autores Nicholas Kaldor e John Hicks, propunha que: “[...] uma mudança é uma melhoria se, a pessoa que ganha, avalia seus ganhos a um valor mais alto da Unidade Monetária, do que o valor desta, para os perdedores” (n. p.). Esse critério é bastante conhecido como critério da compensação, posto que quem ganha compensa as perdas dos perdedores, deixando-os em melhores condições que antes. O famoso critério de Kaldor é um melhoramento do de Pareto, pois ele lança a compensação aos perdedores, para que todos participantes desse sistema saiam ganhando, ou pelo menos permaneçam melhores do que antes. Em outras palavras, ele estabeleça que uma mudança constitui uma melhoria de eficiência econômica ou de bem-estar social, se os ganhadores puderem compensar os perdedores, ficando ainda com algum ganho líquido. (GONZAGA, 2011).

O desempenho do Estado deve estar sempre em consonância com o princípio da eficiência, conforme estabelece a Constituição Federal Brasileira em seu artigo 37, trazido pela EC n. 19, de 1998: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.” (n. p.).

O princípio da eficiência trazido pela Constituição Federal está relacionado à necessidade de se obter resultados mais rápidos em benefício da coletividade. Para atender às necessidades de uma sociedade, os agentes públicos, a serviço do Estado, possuem o dever e a legitimidade para desenvolver a função pública da maneira mais rápida e eficiente possível.

Ocorre que essa legitimidade célere concedida às autoridades estatais para o desenvolvimento de funções públicas não é inimputável, carregando consigo o encargo da administração de resultados, ou seja, qualquer atitude negativa adotada pelo Estado, ainda que seja em benefício da coletividade, deverá ser seriamente responsabilizada.

O princípio da eficiência econômica constitui importante ferramenta na concepção do bem-estar social, razão pela qual “[...] deve-se compreender, no entanto, que a aplicação de conceitos econômicos ao Direito deve ser cautelosa, não havendo espaço para que a busca pela eficiência justifique interpretações ilegais ou injustas”. (NIED, 2012, n. p.).

Ademais, cumpre ressaltar que a legitimidade das ações tomadas por autoridades estatais está diretamente ligada ao atendimento dos interesses da coletividade. Nesse sentido, a eficiência não deve ser analisada tão-somente sobre o ponto de vista econômico, haja vista que o Estado possui a obrigação de ponderar sobre outros critérios, igualmente essenciais.

A Análise Econômica do Direito proporciona-nos o critério da eficiência como um importante instrumento para investigar a validade da intervenção do Estado na propriedade privada pela desapropriação indireta, como será observado no capítulo a seguir.

6 A ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA IMOBILIÁRIA URBANA PELA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Primeiramente, cumpre enfatizar que a abordagem da intervenção do Estado na propriedade privada imobiliária urbana pela desapropriação indireta será examinada deste ponto em diante sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, a fim de avaliar os impactos trazidos pela prática dessa conduta ilegítima.

A Análise Econômica do Direito é importante para apreciação do problema apresentado, pois pode colaborar eficientemente a partir da interdisciplinaridade que se faz eclodir entre Direito e Economia. Nessa intercessão, enquanto a Ciência Econômica serve de instrumento para sistematizar a questão de forma racional, o Direito, por sua vez, busca trazer a regulamentação por meio de normas que, quando compostas por preceito e sanção, podem aplicar penalidades que contribuam para o desincentivo da prática ilícita.

6.1 A propriedade privada e função social

O significado, os limites e o amparo legal da propriedade privada são elementos essenciais para a existência de uma economia eficiente. Isso porque a ausência da propriedade privada oprime a liberdade individual das pessoas, haja vista que sem direitos de propriedade definidos não há que se falar em liberdade.

O termo “propriedade” diz respeito a um controle privilegiado que uma pessoa exerce sobre determinado bem. O artigo 1.228 do Código Civil brasileiro confere ao proprietário a legitimidade para “[...] usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. (n. p.).

O direito de usar, gozar, dispor e reaver confere ao proprietário privado um domínio especial sobre o bem adquirido, de forma que qualquer dano causado à sua propriedade constitui prejuízo sujeito a punibilidade.

O direito à propriedade privada, trazido pelo artigo 5º, XXII da Constituição Federal de 1988, além de figurar como direito individual, também constitui direito fundamental dos indivíduos, tal como nas palavras de Bastos e Martins (2004):

O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessários estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até

mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica. (p. 128).

Na Economia, o direito de propriedade abastece a composição jurídica para a distribuição de riqueza e alocação de recursos; entretanto, a questão controversa que impera nas sociedades diz respeito à forma com que esses direitos serão alocados.

As discordâncias concernentes às formas de utilização e de defesa dos direitos de propriedade acompanham a evolução das sociedades e trazem consigo opiniões extremas, tais como, a concepção dada pelo Direito romano¹⁰, que considerava o direito de probidade como inviolável e absoluto, e a concepção defendida por Karl Marx e Friedrich Engels¹¹, que defendiam a teoria comunista de abolição da propriedade privada.

No Brasil, a relativização da propriedade privada em atendimento ao princípio da função social da propriedade tem alcançado proporções extremamente alarmantes, haja vista o posicionamento intervencionista do Estado Democrático de Direito brasileiro, que, cedendo a intentos socialistas, passou a submeter e condicionar o exercício do direito de propriedade aos interesses da coletividade, tal como se vê na desapropriação indireta.

A supressão dos direitos de propriedade resulta em prejuízo indesejável ao proprietário privado e isso configura violação a direitos garantidos constitucionalmente. Em contrapartida, essa violação ao direito de propriedade alcança legitimidade, tornando-se isenta, se estiver atendendo ao princípio da função social.

O artigo 5º, XXIII da Constituição Federal, determina que a “[...] propriedade atenderá a sua função social”. (n. p.). Talvez o objetivo do legislador ao subordinar o direito de propriedade ao cumprimento da função social estivesse relacionado à possibilidade de conceder ao Estado uma permissão legal para regular o uso irracional da propriedade privada. Entretanto, o exercício da função social da propriedade tomou outras proporções, passando a servir como escusa para atos ilícitos praticados pelo próprio Estado. Um exemplo clássico do abuso praticado pelo Estado ao suprimir direitos de propriedade com o escopo de estar atendendo à função social reside na chamada desapropriação indireta.

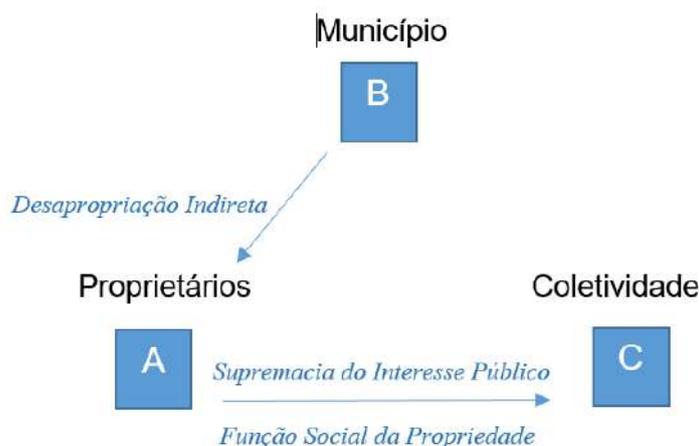
Suponhamos que os moradores do bairro residencial tradicional de uma determinada cidade tenham adquirido legalmente suas residências naquele local há mais de 30 anos. Nesse exemplo, os moradores (proprietários) serão chamados de (A). O município (B) possui um projeto para abertura de vias públicas e deseja desapropriar (A) para continuar o alargamento

¹⁰ Na Roma Antiga, o Direito de Propriedade era absoluto.

¹¹ MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. O manifesto do partido comunista. São Paulo: Martin Claret, 2005.

da rua, que irá atender à coletividade (C). A obra a ser praticada por (B) não é prioridade para a população, e (B) não possui recursos financeiros suficientes para ressarcir (A) pela desapropriação. Entretanto (B) tem pressa, a abertura da via pública foi prometida a (C) em época de eleição e o não cumprimento dessa promessa pode acarretar na perda de centenas de votos. Então, como resultado, (B) desapropria indiretamente (A) utilizando o pretexto de estar atendendo à Função Social da Propriedade.

Figura 1 – Demonstração da desapropriação indireta



Fonte: Elaborada pela autora.

No exemplo hipotético acima, (B) fez uma promessa a (C), mas não possui recursos suficientes para cumpri-la. Optar pela desapropriação direta requer gastos altos para ressarcimento aos proprietários, então (B) suprime a propriedade privada de (A). A propriedade privada de (A) é tomada à força por (B), que se utiliza da desculpa de atender a supremacia do interesse público e o exercício da função social da propriedade.

A supremacia do interesse público sobrepõe-se ao interesse privado baseando-se na autoridade concedida ao Estado para restringir direitos fundamentais dos indivíduos. Isso deve-se à predominância do exercício da função social, que forçosamente permite concluir que a propriedade privada individual foi substituída pela propriedade social comum.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 69.) traz considerações esclarecedoras sobre a supremacia do interesse público:

As normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos)

e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem com fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos tem supremacia sobre os individuais.

Sob esse ponto de vista, não se pode negar que a intervenção do Estado na propriedade privada é legítima. Nesse sentido, cumpre esclarecer que o objetivo aqui não consiste em repreender de forma genérica a intervenção do Estado pautado na supremacia do interesse público. Até mesmo porque, em muitos casos, a interferência do Estado é imprescindível para o cumprimento da função social da propriedade.

A hipótese acima mencionada é um ato legitimado pela própria Constituição Federal brasileira, que concede ao Poder Público poderes suficientes para intervir exatamente em casos em que é necessário o uso da regulação; entretanto, o que se busca com este estudo é a proteção contra os abusos praticados pelo Estado ao intervir na propriedade privada.

Ademais, o Estado alcança vantagens no que se refere ao atendimento da supremacia do interesse público, pois, nesse contexto, o direito fundamental de um indivíduo pode ser suprimido para assegurar direitos fundamentais de uma coletividade, sendo, portanto, necessário ter cautela para que não se confunda o interesse público com os interesses do Estado.

O interesse público diz respeito aos anseios de uma sociedade, mas os interesses do Estado podem variar muito. Existem muitas entidades estatais que utilizam a supremacia do interesse público para a prática reiterada de atos ilegítimos, tal como na desapropriação indireta.

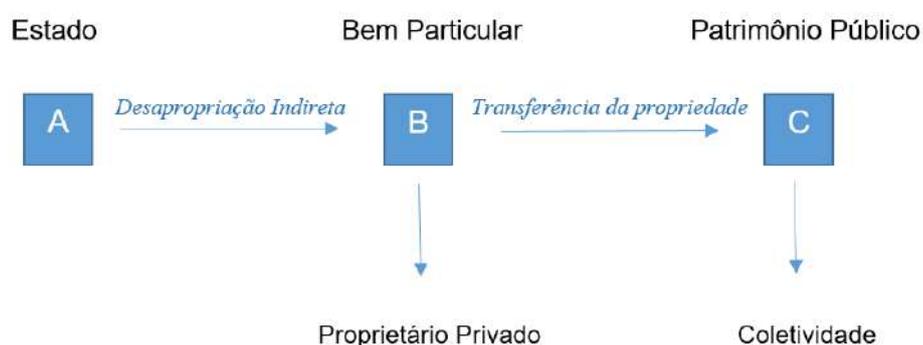
6.2 A desapropriação indireta como externalidade

Como visto anteriormente no capítulo 4, a desapropriação indireta é uma modalidade atípica de intervenção na propriedade privada que ocorre quando o Estado se apropria de um bem do particular sem atender os requisitos da declaração e da indenização prévia, ou seja, o Estado, sem observar o devido processo legal, não declara o bem como de interesse público e nem paga a justa e prévia indenização estabelecida por lei.

A desapropriação indireta, prevista no artigo 35 do Decreto-Lei 3.365/41, consuma-se quando o bem expropriado é integralmente incorporado ao patrimônio público, pois é a partir desse momento que ocorre a perda definitiva da propriedade privada.

Com a transferência do bem particular para o patrimônio público, não há possibilidade de reaver o bem, e o proprietário expropriado terá que se valer de uma ação por desapropriação indireta para que o juiz reconheça o fato consumado e defina uma indenização justa.

Figura 2 – Externalidade na desapropriação indireta



Fonte: Elaborada pela autora.

Observe que a relação existente entre A e B provocou um ganho para C. Com a desapropriação indireta, C é beneficiado, ainda que não tenha participado da ação. Nesse contexto, o proprietário particular sofre um prejuízo justamente em decorrência do benefício atribuído a C. Sob a ótica da Economia, esse prejuízo existente na desapropriação indireta é classificado como uma externalidade¹². As externalidades dizem respeito aos resultados da produção de bens ou serviços que refletem sobre terceiros alheios à relação existente, podendo ser classificadas como positivas ou negativas. Robert Cooter e Thomas Ulen (2010) explicam claramente o conceito de externalidade:

Quando as funções de utilidade de ou de produção de diferentes pessoas são independentes, elas impõem benefícios ou custos umas às outras independentemente de terem concordado ou não. Essa interdependência é chamada de externalidade, porque os custos ou benefícios são transmitidos fora de um mercado.

No Brasil, o Estado é estimado como o condutor da regulação estatal, atuando tanto na economia, como na sociedade, a fim de estabelecer um equilíbrio entre interesses sociais,

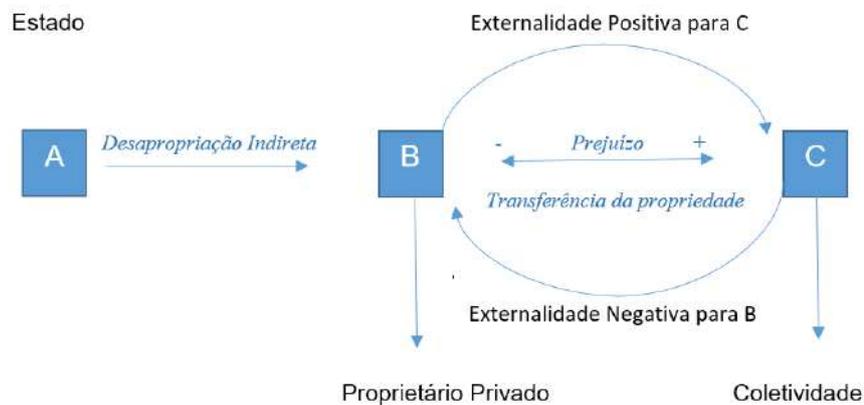
¹² As externalidades são os efeitos colaterais da produção de bens ou serviços sobre outras pessoas que não estão diretamente envolvidas com a atividade. Em outras palavras, as externalidades referem-se ao impacto de uma decisão sobre aqueles que não participaram dessa decisão. Disponível em: <goo.gl/ZHvHK>. Acesso em: 18 ago. 2016.

coletivos e econômicos. Entretanto, o próprio Estado incumbido de promover tal equilíbrio é capaz de suprimir a propriedade privada dos indivíduos da mesma sociedade a qual se propõe a tutelar.

Isso significa dizer que a intervenção do Estado pela desapropriação indireta faz com que os detentores de bens privados suportem o ônus de uma regulação econômica, ocasionando uma externalidade negativa que deveria ser corrigida pela própria regulação.

Na FIG. 3 que se segue, é possível observar as externalidades positivas e negativas que se apresentam concomitantemente em uma desapropriação indireta.

Figura 3 – Externalidades positivas e negativas



Fonte: Elaborada pela autora.

O prejuízo resultante da desapropriação indireta apresenta uma externalidade negativa quando A retira o direito de propriedade de B beneficiando C. Em contrapartida, tem-se a externalidade negativa quando B sofre um esbulho para que C seja favorecido.

A dificuldade apresentada pelas externalidades negativas é que elas produzem custos negativos para terceiros alheios ao problema existente. Para Oliveira, Pinho e Vasconcellos (1999, p. 569), as externalidades negativas podem ser compreendidas como:

[...] uma primeira aproximação, podemos dizer que há uma externalidade negativa quando a atividade de um agente econômico afeta negativamente o bem-estar ou o lucro de outro agente e não há nenhum mecanismo de mercado que faça com que este último seja compensado por isso.

As externalidades crescem, particularmente, em situações em que os direitos de propriedade não estão bem estabelecidos. Se os direitos de propriedade estiverem bem definidos, a sociedade permanece resguardada de possíveis externalidades negativas. Ronald

Coase (1960)¹³ afirma que as externalidades existem devido à ausência de mercado e direitos de propriedade bem definidos.

Segundo Oliveira, Pinho e Vasconcellos (1999, p. 572), Ronald Coase propõe uma solução para a questão das externalidades, afirmando que “[...] desde que os direitos de emissão de externalidades sejam adequadamente definidos e que não haja custos de transação entre as partes, a livre negociação entre as mesmas deve levar ao nível ótimo de emissão destas externalidades”.

Verdadeiramente, ausência de direitos de propriedade bem definidos no Brasil é uma realidade latente; entretanto, a proposta de Ronald Coase para solucionar o problema das externalidades não se aplica ao problema ocasionado pela desapropriação indireta. Primeiro porque o ordenamento jurídico brasileiro submete o direito de propriedade ao crivo do cumprimento da função social, enfraquecendo os argumentos de defesa privada; e segundo por se tratar de uma ação ilegítima praticada pelo próprio Estado que atribui todos os custos e prejuízos ao indivíduo expropriado, sem ressarcimento pela prática interventiva.

Ademais, não existem incentivos que estimulem o Estado a deixar de intervir indiretamente na propriedade privada, haja vista a dificuldade de responsabilizá-lo pela prática da conduta ilícita. Dificuldade essa que se caracteriza pela complexibilidade de fixação da indenização nas ações de desapropriação indireta, bem como na resistência por parte do judiciário em reconhecer que as indenizações pela desapropriação indireta devem não só reparar o proprietário pela perda do bem, mas sim por todo prejuízo suportado pelo proprietário expropriado.

Um exemplo muito comum de que no Brasil não há reconhecimento quanto ao direito de reparação pelo dano decorrente da desapropriação indireta, foi a notícia¹⁴ da decisão tomada pela desembargadora Amélia Martins de Araújo, que cassou sentença indenizatória de

¹³ Em 1960, foi publicado por Ronald Coase, o artigo *The problem of social cost*, no *Journal of Law and Economics*, e traduzido no Brasil pelos professores Luciano Benetti Timm, Antônio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz (Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas — FGV Direito Rio).

¹⁴ A desapropriação indireta foi realizada em 2004, enquanto que a avaliação do imóvel, em 2012, provocando grande disparidade entre os valores do bem. Para a magistrada, o ressarcimento pela perda deve ser referente à data do esbulhamento, prevenindo, assim, a valorização imobiliária. Como no caso em questão ocorreu a desapropriação indireta – sem indenização prévia pelo Poder Público – Amélia explicou que não pode ser aplicada a regra do Decreto-Lei 3.365/41, artigo 26, que dispõe sobre a verba paga ao proprietário ser contemporânea à avaliação. “Diante de um interregno geralmente longo, há o risco de comprometer o preceito constitucional da justa indenização, eis que é possível e até normal que ocorram mudanças substantivas no bem, que pode levar a sua valorização ou, ao contrário, a depreciação”. Consta dos autos que a autora da ação tinha 60 terrenos na região do Loteamento Bossa Nova, local que a prefeitura ocupou para instalação do Parque Municipal da Serra das Areias. Para cada um dos lotes, seria pago R\$ 106,4 mil. Contudo, segundo parecer da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado de Goiás, a proprietária “nada fez para agregar valor à área” e, ainda, o cálculo com base em valores atuais será prejudicial ao erário – “não é aceitável coroar pura especulação”. Nesse sentido, a desembargadora reformou veredicto singular a favor da proprietária, mediante duplo grau de jurisdição, para exigir nova avaliação no terreno da autora, com base em seu valor inicial.

R\$ 6 milhões a uma proprietária que teve seus imóveis desapropriados indiretamente pela Prefeitura de Aparecida de Goiânia:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA EM DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO-LEI Nº 3365/41, ART. 26. JUSTA INDENIZAÇÃO. VALOR DO IMÓVEL À ÉPOCA DA OCUPAÇÃO. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS A JUSTIFICAR O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. I - Não se aplica irrestritamente o art. 26 do DL 3.365/1941 às desapropriações indiretas, sob pena de se comprometer o preceito constitucional da justa indenização. Isto porque, no interregno, geralmente longo, entre a data da ocupação do bem pelo Estado e a sua avaliação no âmbito da ação de desapropriação indireta, é possível que ocorram mudanças substantivas no bem, que podem levar ou à sua valorização ou, ao contrário, à sua depreciação. Neste contexto, necessário cassar a sentença a fim de que se produza nova avaliação do imóvel, considerando o seu preço na data do apossamento. II - Inexistindo fundamento ou fato novo capaz de conduzir o julgador a nova convicção, nega-se provimento ao Agravo Regimental. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. DECISAO: ACORDA o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes da 2ª Turma Julgadora de sua 1ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer do Agravo Regimental, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora. (GOÍAS, 2015).

O exemplo ora mencionado demonstra claramente um total desprezo ao ressarcimento pela tomada ilegítima da propriedade privada. A afirmativa da desembargadora de que o ressarcimento estaria comprometendo o preceito constitucional da justa indenização não prevalece justamente pelo fato de que não houve a prévia indenização. As externalidades decorrentes dos gastos e prejuízos suportados pela proprietária expropriada, além da reparação integral pela perda do bem, devem ser fielmente respeitados, conforme assegura Bandeira de Mello (2009):

No valor da indenização devem ser computadas todas as despesas acarretadas diretamente por ela ao expropriado. Com efeito, nos termos do art.5º, XXIV, da Constituição, a indenização deve ser justa. Em consequência, há de deixar o expropriado com seu patrimônio *indene*, sem prejuízo, sem desfalque algum. (p. 903).

Além do mais, “[...] a indenização justa supõe o ressarcimento de todos os prejuízos financeiros arcados pelo expropriado em virtude da expropriação”. (MEDAUAR, 1999, p. 388).

Dessa forma, para uma melhor avaliação da quantia indenizatória em uma ação por desapropriação indireta, faz-se necessária a compreensão dos critérios de fixação da indenização decorrente da desapropriação comum, também conhecida como desapropriação direta, promovendo um paralelo que permita a comparação entre ambas as formas de

indenização. Assim, parte-se a seguir para a análise de fixação das verbas indenizatórias nas Ações de Desapropriação.

6.3 Critérios de fixação da indenização nas ações de desapropriação direta

Institui o Art. 5º, inciso XXIV da Constituição Federal de 1988, que “[...] a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados¹⁵ os casos previstos nesta Constituição”. (n. p.).

Nesse viés, cumpre assinalar que a indenização prévia consiste naquele pagamento feito antes que ocorra a transferência do bem a patrimônio público, tal como no princípio da precedência, que, segundo Carvalho Filho (2014, p. 866), “[...] consiste em uma ideia de causa e efeito, ou seja, havendo o pagamento da indenização, procede a transferência do bem no mesmo instante”.

No que se refere à indenização justa, recorre-se aos ensinamentos de Mello (2009, p. 900), que afirma que tal benefício é aquele “[...] que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio”.

Dessa forma, tem-se que o pagamento justo pela indenização deve considerar critérios como os de correção monetária, juros moratórios e compensatórios, honorários advocatícios e afins que permitam ao proprietário um ressarcimento absolutamente íntegro.

Em relação à correção monetária, o Art. 26, §2º do Decreto-Lei 3.365/41 estabelece que, feita a avaliação e decorrido o prazo de um ano a partir desta, caberá ao juiz ou Tribunal, antes da decisão final, determinar “[...] a correção monetária do valor apurado, conforme índice que será fixado, trimestralmente, pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República”. (n. p.).

No entanto, esse lapso temporal tem sido relativizado pela Súmula 67 do STJ, que afirma que “[...] na desapropriação, cabe atualização monetária, ainda que for mais de uma vez, independente de decurso do prazo superior a um ano entre o cálculo e o efetivo pagamento da indenização”. (n. p.).

Quanto aos juros moratórios, faz-se mister salientar que esses são devidos em virtude do retardamento do pagamento da indenização pelo expropriante e calcula-se, a *prima facie*,

¹⁵ As ressalvas referem-se tão-somente às desapropriações praticadas pela União, com o fim de Reforma Agrária, restrita tal possibilidade a terras improdutivas e pelos municípios, no caso do Art. 182, §4º, III, da CF.

com base no valor da indenização fixada em sentença, corrigidos monetariamente, conforme orienta Carvalho Filho (2014).

No entanto, importa observar que o valor da indenização será base para o cálculo dos juros moratórios somente quando a ação se referir à desapropriação em que o expropriante não imitiu provisoriamente na posse do bem, posto que, nesse caso, já existem precedentes no STJ no sentido de que os juros moratórios devem incidir sobre a diferença entre 80% da oferta inicial do depósito prévio em juízo com relação ao valor de indenização, que será fixado em sentença.

Isso se dá pelo fato de que o Art. 33, §2º do Decreto-Lei autoriza o proprietário expropriado a levantar 80% do valor depositado no caso de emissão da posse ao afirmar que:

Art. 22 - O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização.

§ 2º O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto neste e no art. 15, observado o processo estabelecido no art. 34.

O entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça parece adequado ao passo que permite o levantamento do valor de 80% nos casos em que ocorra a imissão provisória da posse do bem para evitar o locupletamento do expropriado, limitando ainda a incidência de juros de mora que é fixado somente em relação ao valor que ficou indisponível durante o decorrer da ação de desapropriação e que será levantado somente após o trânsito em julgado da sentença.

Segundo Art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/41, a finalidade dos juros moratórios é compor a perda decorrente do atraso do pagamento da indenização fixada em sentença e serão calculados em 6% ao ano, a contar do dia 1º de janeiro do mês subsequente àquele em que o pagamento deveria ter sido efetuado nos moldes estabelecidos pelo Art. 100 da Constituição Federal, que trata sobre os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais feitas em ordem cronológica o que pressupõe o sistema de precatórios judiciais¹⁶.

Dessa forma, resta afastada a Súmula 70 do STJ a toda desapropriação direta feita pelas pessoas de direito público, uma vez que tal súmula afirma que os juros de mora, nas ações de desapropriação direta e indireta, contam-se a partir do trânsito em julgado da sentença.

¹⁶ O Sistema de Precatórios Judiciais permite ao Governo do Estado o controle geral sobre a situação dos precatórios judiciais devidos, possibilitando a organização dos pagamentos em observação aos ditames previstos constitucionalmente. Precatórios são requisições de pagamento expedidas pelo Judiciário para cobrar de municípios, estados ou da União, assim como de autarquias e fundações, o pagamento de valores devidos após condenação judicial definitiva. Disponível em: <goo.gl/Syx11f>. Acesso em: 8 jul. 2016.

No entanto, sendo feita a desapropriação por pessoa de direito privado, autorizadas por lei ou contrato de concessão de serviço público, a súmula supramencionada permanece sendo aplicada, haja vista que tais pessoas não se sujeitam ao previsto no Art. 100 da Constituição Federal e, conseqüentemente, não devem se sujeitar ao sistema de precatórios previsto nesse artigo. (CARVALHO FILHO, 2014).

Já os juros compensatórios se justificam pela perda antecipada da posse. A base de cálculo para essa modalidade de juros decorre da interpretação do STF na ADIN nº 2.332-DF¹⁷ em relação ao artigo 15-A do Decreto-Lei n.3.365/41, correspondendo à diferença entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado em juízo “[...] para que não fira o princípio constitucional do prévio e justo preço”. Malgrado o artigo supra fixe os juros compensatórios em até 6% ao ano, o STF em 05/09/2001 deferiu, na mesma ADIN, medida limitar a fim de suspender a eficácia da porcentagem constante do dispositivo legal. Dessa forma, a aplicabilidade da taxa se dá conforme Súmula nº 618 do STF, referindo-se a 12% ao ano.

Conforme análise, os juros moratórios e compensatórios possuem finalidades e pressupostos distintos, por esse motivo, podem ser cumulados. Dessa forma, a incidência de um sobre o outro não constitui anatocismo¹⁸ vedado por lei, haja vista que a incidência de ambos os juros decorre do fato de o expropriado ter que suportar a perda antecipada da posse, bem como o atraso no recebimento do valor devido como indenização.

Na ação de desapropriação direta os honorários advocatícios estão previstos no Art. 27, §1 do Decreto-Lei 3.365/41, alterado pela Medida Provisória 2.185-56/2001:

§ 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais).

Os honorários devidos na forma do artigo supramencionado ocorrem por força do princípio do sucumbimento e ocorrerão apenas quando o valor da indenização fixada em sentença superar ao que fora ofertado inicialmente pelo expropriante.

Ademais, a desapropriação direta deve ser feita mediante pagamento em dinheiro; sendo assim, o depósito do quantum deve ser feito em moeda corrente com o escopo de que o

¹⁷ Disponível em: <goo.gl/fzHO7u>. Acesso em: 14 jun. 2016.

¹⁸ Anatocismo é o cálculo da cobrança de juros sobre juros.

expropriado possa ter oportunidade de adquirir outro bem que seja semelhante ao que perdera. (CARVALHO FILHO, 2014).

6.4 Critérios de fixação da indenização nas ações de desapropriação indireta

Conforme apontado anteriormente, nos casos de desapropriação direta, a Constituição Federal estabelece o pagamento prévio, justo e em dinheiro, entretanto, o mesmo não ocorre na desapropriação indireta, em que o pagamento das respectivas indenizações se sujeita à ordem constitucional do sistema de precatórios.

Trata-se de um procedimento conflitante, posto que, por um lado, protege-se o direito de propriedade do expropriado defraudado e, por outro lado, deve-se reconhecer a necessidade da coletividade ajustada ao princípio da supremacia do interesse público. Frente a isso, nada mais razoável que o Poder Público indenize o expropriado pelo esbulho sofrido.

Por força do princípio da intangibilidade, a desapropriação indireta figura como exceção que se pauta na impossibilidade de devolução do bem ao seu antigo proprietário. Esse caráter excepcional é reforçado pelo fato de que, optando por essa forma de desapropriação os cofres públicos tendem a sofrer um prejuízo maior decorrente dos critérios estabelecidos para cálculo da indenização devida, podendo estes serem maiores que aqueles oriundos da desapropriação direta.

No que se refere à indenização, faz-se necessário esclarecer que, conforme Decreto-Lei nº 3.365/41, na desapropriação indireta, incidem os mesmos percentuais de juros moratórios, compensatórios e honorários advocatícios previstos na desapropriação direta. Nesse sentido, a título de juros moratórios, calcula-se 6% ao ano, começando a contar a partir do primeiro dia de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido efetuado. Já os juros compensatórios, a taxa devida é de 12% ao ano, a contar da data em que houve a perda da posse do bem, ou seja, na desapropriação indireta esse momento se dá com a ocupação do bem pelo Poder Público.

Já o cálculo de honorários advocatícios decorre do previsto no Decreto-Lei 3.365/41, Art. 27, §1º, dentro do limite entre 0,5 e 5%. Apesar de entendimentos contrários a esse dispositivo, em regra, sendo a ação de desapropriação indireta de natureza indenizatória, deve-se observar os limites de 10% a 20% estabelecidos no CPC (CARVALHO FILHO, 2014).

Resta diante disso reconhecer os aspectos prejudiciais oriundos da desapropriação indireta quando comparados à desapropriação direta, que leva em conta a base de cálculo para

fixar os valores de juros compensatórios, moratórios e honorários advocatícios. Isso porque, enquanto na desapropriação direta considera-se a diferença entre o valor ofertado pelo Poder Público e o valor fixado em sentença, na desapropriação indireta considera-se o próprio valor da condenação fixado em sentença, haja vista que essa espécie de indenização não exige o depósito inicial de nenhum valor ofertado.

Dessa forma, ainda que os percentuais sejam os mesmos que da desapropriação direta, a base de cálculo constitui-se maior de maneira que o Estado acaba pagando mais na desapropriação indireta que o valor que pagaria se respeitasse os critérios estabelecidos pela Constituição e pelo procedimento de expropriação ordinário regulamentado pelo descrito no Decreto-Lei nº 3.365/41.

Outro objeto a ser ponderado na desapropriação indireta está no termo a *quo* dos juros compensatórios, posto que o termo inicial dos juros compensatórios pode, a depender do caso concreto, gerar uma indenização muito maior para o proprietário expropriado. Isso porque, enquanto na desapropriação direta os juros começam a incidir a partir da imissão provisória na posse (o que pode não ocorrer caso não haja urgência do Poder Público), que será promovida no decorrer a ação de desapropriação direta, na desapropriação indireta, o termo inicial de incidência dos juros compensatórios se dá imediatamente, em virtude da efetiva ocupação do bem pelo Poder Público, ou seja, os juros começam a incidir antes mesmo que o proprietário expropriado promova a ação de desapropriação.

Diante de todo o exposto, restou demonstrado grande prejuízo aos cofres públicos resultante da desapropriação indireta, visto que a ação expropriatória praticada pelo Estado a fim de atender aos interesses sociais e coletivos se transformará, em longo prazo, em um débito colossal, que deverá ser quitado pelos cofres públicos, ou seja, com o patrimônio da própria coletividade.

A indenização reparatória pela desapropriação indireta nem sempre é reconhecida pelo judiciário. Quando o Estado deixa de indenizar um proprietário pela tomada supressiva da propriedade, faz como que este internalize os custos gerados pela expropriação, ocasionando externalidades negativas.

Contudo, os prejuízos causados pela prática da desapropriação indireta não param por aí. Ao ter reconhecido seus direitos em uma ação de judicial em desfavor do Estado, o proprietário não faz jus a uma indenização imediata; além de suportar o peso da morosidade processual, o expropriado deverá aguardar o trânsito em julgado da ação de desapropriação indireta, para enfim adentrar a lista cronológica de precatórios e esperar pacientemente, por tempo indeterminado, até que o pagamento de sua indenização seja realizado.

Uma saída para o problema das indenizações nas ações de desapropriação indireta seria o modelo de indenização punitiva utilizado pela Análise Econômica do Direito, que apresenta preceitos objetivos e matemáticos para o cálculo do valor de indenização punitiva para os casos de externalidade. Tal modelo poderia ser utilizado para promover a indenização reparatória devida pela desapropriação indireta; entretanto, seria ineficiente uma vez que o Estado figura como uma das partes e, se vencido, promoveria o pagamento da indenização mediante o sistema de precatórios.

6.5 Dos precatórios

A condenação do Poder Público pela prática da desapropriação indireta não segue o rito tradicional da execução, devido à inalienabilidade¹⁹ e consequente impenhorabilidade dos bens públicos. Dessa forma, todas as vezes que o Poder Público for condenado a indenizar alguém, o pagamento da dívida deverá ser realizado em obediência à ordem cronológica dos precatórios.

Os precatórios são exigências expedidas pelo Poder Judiciário para cobrar dos entes federativos, fundações e autarquias, o pagamento devido por condenação judicial definitiva com a consequente obrigação de indenizar.

A princípio, o sistema de precatórios possuía previsão infraconstitucional por meio do Decreto 3.084/1898, que já defendia a impenhorabilidade dos bens públicos. Posteriormente, a Constituição de 1934²⁰, ao disciplinar sobre sentenças condenatórias em desfavor da Fazenda Pública Federal, atribuiu destaque constitucional aos precatórios.

Com a Constituição Federal de 1946, expandiu-se o alcance do sistema de precatórios aos pagamentos oriundos de sentenças condenatórias em desfavor de Estados e Municípios. Alguns anos depois, a Constituição Federal de 1967 instituiu a obrigatoriedade de inclusão dos precatórios no orçamento do ente devedor e classificando qualquer descumprimento de requisição como crime de responsabilidade.

Atualmente os precatórios encontram previsão legal na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 100 (incluído pela Emenda Constitucional n. 62, de 2009):

¹⁹ De acordo com o artigo 100 do Código Civil, “Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”.

²⁰ Constituição Federal de 1934 – Artigo 182: “Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais”.

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT –, em seu Art. 97, também contribuiu para a flexibilização no pagamento de dívidas judiciais ao possibilitar o parcelamento e a renegociação dessas dívidas por meio de acordo entre credor e devedor.

O sistema de precatórios implica a inclusão dos valores a serem pagos pela fazenda pública decorrentes de sentenças condenatórias no orçamento público que está sendo elaborado, para que se possa obter uma previsão de quais serão as diretrizes do governo para arrecadação de recursos suficientes ao pagamento da dívida anual.

A prima facie, os objetivos basilares da criação do sistema de precatórios consistiam em garantir a isonomia no atendimento aos credores, assegurando que todos pudessem ser tratados com igualdade, certificando-se de que a fazenda pública²¹ cumpriria com a quitação de todos os débitos que lhes fosse judicialmente imputado e impedindo o favorecimento entre credores.

6.6 Precatórios: aspectos procedimentais e definições

Os precatórios se dividem em débitos de natureza alimentícia e débitos de natureza comum. Para Robertônio Pessoa (2003), a natureza jurídica de um precatório, consiste em um “[...] ato administrativo, porquanto essa é a característica que lhe sobressai, pois, uma vez que não contém carga decisória, não poderia ser classificado como ato judicial, muito menos podendo ser caracterizado como ato legislativo, porquanto não fixe norma de ordem geral”. (p. 34.)

A Constituição Federal traz, no §1º do Art. 100, a definição dos precatórios de natureza alimentícia:

§1º - Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão

²¹ De acordo com o Gusmão Júnior (2002), “[...] a expressão Fazenda Pública compreende a União, os Estados Federados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as fundações públicas, lembrando-se que, embora inexistam Territórios na atual conjuntura brasileira, a possibilidade de sua criação tem assento constitucional e, sendo criados, também estarão alcançados no conceito de Fazenda Pública”. (p. 22).

pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo

De acordo com o § 2º do Art. 100 da Constituição Federal, os precatórios de natureza alimentícia cujos credores possuam 60 anos de idade ou mais ou sejam portadores de doença grave definidas em lei serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos.

Os precatórios de natureza comum são aqueles que compreendem tributos, danos morais, desapropriações, entre outros débitos que não possuam caráter alimentar. Vale ressaltar que na ordem de prioridade, os precatórios de natureza alimentar têm preferência sobre os comuns.

Existem também as requisições de pequeno valor (RPV) e as obrigações de pequeno valor (OPV) são exigências oriundas de condenações em desfavor da Fazenda Pública, cujos valores alcancem até 60 salários mínimos por credor. Entretanto, são privilegiados na ordem de pagamentos por constituírem valores bem inferiores a todos os outros.

A preferência nos pagamentos das requisições e obrigações de pequeno valor está disciplinada no § 3º do Art. 100 da Constituição Federal: “O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.” (n. p.).

A Constituição Federal estabeleceu a obrigatoriedade dos pagamentos em obediência à ordem cronológica; contudo, a regra geral dos precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor. Nesse sentido, o § 4º do Art. 100 da Constituição Federal disciplina que “[...] poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social”. (n. p.).

Permite-se aos Estados e Municípios a imposição de limites distintos para o procedimento de requisições de pequeno valor, mediante a utilização de lei ordinária, desde que seja sempre respeitado o limite constitucional.

Após a homologação dos cálculos, o ente público condenado é citado para oposição de embargos. Na hipótese de ausência de embargos ou posteriormente ao seu trânsito em julgado, o pagamento do crédito devido deverá ser realizado mediante o sistema de precatórios ou em outros casos, por requisição de pequeno valor.

Dessa forma, ao término do processo de execução, o juiz que proferiu a sentença solicita a expedição do precatório ao presidente do Tribunal ao qual o se encontra vinculado,

solicitando que requisite ao ente público o valor necessário para a quitação do débito. O ente público devedor deverá incluir o precatório na Lei Orçamentária Anual (LOA).

Sobre a obrigatoriedade de inclusão dos precatórios no orçamento dos entes públicos, o § 5º do Art. 100 da Constituição Federal dispõe que:

§ 5º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Sendo assim, os precatórios de que forem apresentados até o dia 1º de julho de um determinado ano deverão ser quitados até o dia 31 de dezembro do ano subsequente, permitindo que o prazo para pagamento, ainda que seja da só da primeira parcela do precatório, possa se estender a até um ano e meio da sua apresentação.

Em seguida, o ente público devedor deposita para o Tribunal o valor determinado pela sentença condenatória, constituindo a “ordem cronológica dos precatórios” estabelecida no Art. 100 da Constituição Federal, ou seja, uma classificação numérica de pagamento, em que o valor estará disponível para o juízo de origem à ordem de um protocolo de requisição. Disponibilizada a quantia, o juiz oriundo da execução possibilitará o levantamento do precatório pelo credor.

É importante ressaltar que precatório não se constitui no Tribunal superior de onde foi expedida a requisição para pagamento, e sim nas varas judiciais de instâncias inferiores, onde comumente tem início a maioria dos processos judiciais. Dessa forma, o Tribunal adequado para a expedição do precatório necessitará de informações oriundas de instâncias inferiores que possam trazer substancialidade de dados que permitam ao presidente do Tribunal o cumprimento de sua função.

A documentação específica para tal procedimento não possui previsão legal determinada e seus requisitos são fundados em costumes adotados pelo juízo onde se processou a execução. Dessa forma, cabe ao juízo de origem o cálculo do valor do precatório. Na hipótese de desacordo entre as partes com relação à quantia calculada, deverá ser interposto recurso legalmente admissível para resolução do mérito.

Independentemente de qualquer que seja o objeto da ação judicial, não existe possibilidade de execução contra a Fazenda Pública sem a emissão do precatório ou requisição de pequeno valor respectiva.

De acordo com o § 7º do Art. 100 da Constituição Federal, o presidente do Tribunal que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios cometerá crime de responsabilidade, respondendo também perante o Conselho Nacional de Justiça.

6.7 Precatórios e sua contribuição para ineficiência da desapropriação indireta

O acúmulo relativo ao débito dos precatórios cresce desenfreadamente, e o resultado desse crescimento permite que a dívida se desenvolva bem mais do que os pagamentos dela. Fato é que, apesar de bem-intencionado, o sistema de precatórios não é capaz de satisfazer os credores, devido à morosidade em que se encontra, configurando um verdadeiro desrespeito à sociedade brasileira.

Com a instituição do sistema de precatórios, esperava-se que os pagamentos das dívidas públicas para com o particular pudessem ser realizados mediante ordem cronológica restrita e no próprio exercício financeiro, sem morosidade ou débitos para o próximo mandato, mas isso não foi possível.

Atualmente, o que se tem presenciado é um completo desarranjo econômico e um débito exorbitante para com a sociedade. Muitos Estados e Municípios acumulam dívidas gigantescas originárias de precatórios que não foram quitados em mandatos anteriores, e a falta de responsabilidade do Poder Público tem se tornado um episódio comum entre muitos entes federativos que não se esforçam para quitar suas dívidas, resultando-se assim em um amontoamento de valores devidos, que urgem por uma solução eficiente.

Milhares de brasileiros sofrem como a morosidade dos precatórios e aguardam há anos pelo direito de indenização por parte dos entes públicos. São pessoas que tiveram seu direito reconhecido por parte do Judiciário, mas que precisam aguardar pacientemente pelo dia em que receberão seu ressarcimento.

Existem cobranças a serem pagas por precatórios que perpassam por décadas de espera sem qualquer previsão de pagamento. Milhares de credores chegam até mesmo a falecer sem ter seu direito satisfeito. A fila não para de crescer e todos os dias novos credores ingressam na linha de espera do sistema de precatórios.

De acordo com o último levantamento²² elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, no primeiro semestre de 2014, foi contabilizada uma dívida de R\$97,3 bilhões decorrente de precatórios emitidos pelas Justiças Estadual, Federal.

A procrastinação em relação à questão dos precatórios é tão grande que o Judiciário já não consegue mais corrigir o problema. Diante desse contexto, não são poucos os brasileiros que já deixaram de acreditar na responsabilização do Estado por não se empenhar em quitar a dívida dos precatórios.

Ainda que a conduta inadimplente do Estado para com os precatórios implique sérias penalidades para o Poder Público, não se tem notícia de as sanções trazidas pela legislação tenham contribuído para sanar o problema.

Os argumentos são de que os recursos disponíveis são insuficientes para solucionar o déficit, e esse comportamento inadimplente do Estado em relação aos credores precatoristas afeta diretamente o desenvolvimento da atividade econômica, conforme orienta Florenzano (2005, p. 217),

É um problema jurídico, porque o não pagamento dos precatórios configura um descumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado. Ora, se o próprio Estado não cumpre as decisões judiciais, não se pode sequer falar em Estado de Direito. É também, no entanto, um problema econômico, porque afeta o desenvolvimento da atividade econômica e diz respeito à alocação de recursos escassos. É, ainda, um problema social, porque envolve a distribuição e aplicação de recursos públicos.

O fato de o Estado não cumprir com as decisões judiciais que determinam o pagamento dos precatórios influencia diretamente na ineficiência da desapropriação indireta. Isso ocorre justamente devido ao fato de que, quando o Estado toma para si a propriedade privada sem indenização prévia, a legislação submete o pagamento das indenizações decorrentes da ação por desapropriação indireta à extensa fila dos precatórios.

As consequências de optar pela desapropriação indireta demonstram completa racionalidade econômica por parte do Estado, devido ao fato de que os entes públicos já perceberam que alcançam maior vantagem com a tomada ilegítima da propriedade.

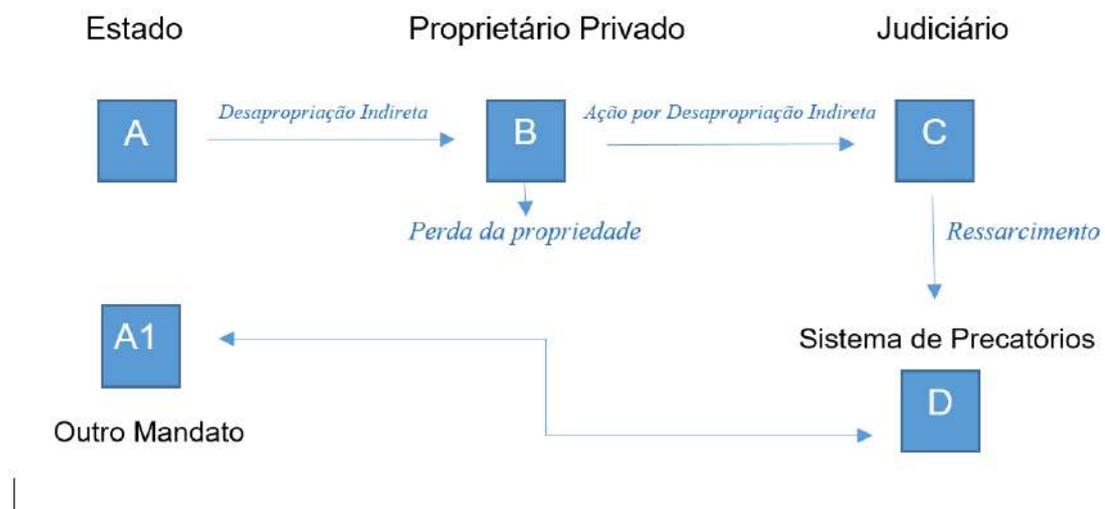
Uma das premissas da Análise Econômica do Direito consiste em afirmar que os indivíduos são seres racionais e utilizam dessa racionalidade para a maximização de seus ganhos. Dessa forma, entende-se por racionalidade a ação de um indivíduo racional que possui a capacidade de realizar escolhas eficientes, maximizando seus ganhos. Alexandre Bueno Cateb (2010) exemplifica o conceito de racionalidade:

²² Reprodução obtida no *site* Agência Senado. Disponível em: <goo.gl/AtC68W>. Acesso em: 21 ago. 2016.

Racionalidade não significa que o indivíduo tome decisões com análises em planilhas ou recorrendo a cálculos elaborados. Mas significa que, de alguma forma, a pessoa é capaz de tomar decisões como atravessar a rua mesmo com o sinal de pedestre lhe desaconselhando tal ação, caso ele perceba que não há perigo de atropelamento iminente. (n. p.).

Nesse sentido, verifica-se que o Estado busca maximizar seus ganhos pela desapropriação indireta, tal como ilustra o exemplo a seguir:

Figura 4 – Exemplo de maximização de ganhos do Estado pela desapropriação indireta



Fonte: Elaborada pela autora

O Estado (A) desapropria indiretamente o proprietário privado (B), que, mediante ação por desapropriação indireta, terá que recorrer ao Judiciário (J) para pleitear o ressarcimento pelo esbulho sofrido. Se ganhar a ação, todas as indenizações devidas serão pagas pelo ente público expropriante, mediante o Sistema de Precatórios.

A racionalidade de (A) deve-se ao fato não precisar arcar como nenhum custo por tomadas ilícitas de propriedades privadas. Isso porque, ainda que o proprietário expropriado obtenha judicialmente o direito de perceber o ressarcimento pelo esbulho sofrido, nenhum prejuízo alcançará o ente público expropriante, pois a extensa fila de precatórios e o acúmulo da dívida de bilhões de reais impedem que ente público possa indenizar o proprietário privado em seu mandato vigente. Em razão da morosidade da fila de precatórios, as dívidas têm sido

pagas como o orçamento de (A1), ou seja, outro mandado, alheio ao problema que ocasionou a indenização.

Verifica-se na FIG. 4 que o Estado age de forma oportunista. Isso significa dizer que, quando o ente público escolhe a desapropriar indiretamente, entende claramente que escolheu a opção que mais lhe favorece, ainda que isso possa ocasionar sérios prejuízos para outras pessoas.

A teoria dos custos de transação denominada por alguns autores com (TCT) apresenta o conceito de racionalidade limitada, em que os agentes econômicos buscam maximizar suas escolhas mediante a capacidade de raciocínio e absorção de informações, ainda que suas escolhas envolvam um comportamento oportunista, tal como afirmam Jairo Saddi e Armando Castelar Pinheiro (2006):

Na TCT, o comportamento humano é marcado pelo oportunismo, definido como uma maneira mais forte de buscar o interesse próprio, que pode passar por práticas desonestas, incluindo mentir, trapacear e roubar. Em especial, o oportunismo pode levar as pessoas a esconder ou distorcer informações, para enganar os outros em benefício próprio. Um agente econômico oportunista só respeita as regras do jogo se isso lhe convier. (p. 65).

Ademais, a prática reiterada da desapropriação indireta sem ônus para o Estado funciona como incentivos que motivam a conduta ilícita. Conforme Pimenta (2006), o que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não.

Submeter o pagamento das indenizações por desapropriação indireta ao sistema de precatórios constitui um verdadeiro desrespeito ao direito de propriedade. No cenário em que se encontram os precatórios, pode-se afirmar que o sistema não cumpre a função para qual foi criado, e essa afirmação legitima-se frente aos governos irresponsáveis que o transformaram em uma execução ineficiente, caracterizada pelo difícil cumprimento de decisões judiciais e pela imprevisibilidade de satisfação do direito do credor.

Diante das razões apresentadas, tem-se que a desapropriação indireta consiste em um método socialmente indesejado, haja vista o computo do ônus causado pela prática da conduta ilegítima. Isso porque o comportamento oportunista do Estado potencializa os custos com a demanda judicial pelo ressarcimento do bem suprimido, bem como de todos os demais prejuízos causados ao proprietário expropriado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o sistema de precatórios contribui para a confirmação da ineficiência da intervenção do Estado na propriedade privada pela prática da desapropriação indireta.

6.8 A desapropriação indireta como regulação expropriatória

A intervenção do Estado na propriedade privada em atendimento ao exercício da função social possui previsão legal definida e contribui como ferramenta adequada para regulação estatal²³ eficiente, desde que não extrapole os direitos de propriedade individuais sem a devida compensação.

Nas palavras de Meirelles (2010, p. 676), “[...] entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do poder público que, fundado em lei, compulsoriamente, retira ou restringe direitos dominiais privados”.

No Brasil, dentre as diversas formas de atuação do Estado, destaca-se o seu comportamento regulador. A especialidade fundamental do Estado Regulador diz respeito à sua atuação na Economia, que lhe permite agir de forma interventiva, sempre que necessário, objetivando atender a supremacia dos interesses sociais e coletivos, bem como a manutenção e eficiência do planejamento econômico estatal.

Kyoshi Harada (2008, p. 4) conceitua a “[...] atividade financeira do Estado como sendo a atuação estatal voltada para obter, gerir e aplicar os recursos necessários à consecução das finalidades do Estado que, em última análise, se resumem na realização do bem comum”.

A atuação do Estado Regulador enseja na busca pelo equilíbrio econômico e se necessário for, deverá estar sempre pronto a atribuir imposições ao exercício da atividade econômica, ainda que essas imposições não favoreçam todas as camadas sociais. De modo geral, seu desempenho deve priorizar a racionalização da vida econômica, para que se possa garantir o desenvolvimento do capitalismo.

A Constituição Federal de 1988 prevê de forma geral, em seu artigo 174, função reguladora do Estado na economia como agente normativo e agente regulador, abrangendo todos os entes federados, quais sejam, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

²³ Para Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 37), “[...] a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”.

Para Maria Sylvia Zanello Di Pietro (2004, p. 19-50), “[...] a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”.

A intervenção do Estado na propriedade privada pela desapropriação indireta também constitui uma das modalidades de regulação; entretanto, não se trata de uma regulação que priorize tão-somente a busca pelo equilíbrio e controle da atividade econômica. A desapropriação indireta realiza de forma ilegítima um verdadeiro esvaziamento econômico da propriedade privada sem o devido ressarcimento.

Em regra, a desapropriação indireta diz respeito à transferência coercitiva da propriedade particular ao patrimônio público, porém cumpre esclarecer que, além do esbulho da propriedade privada, é também considerada como desapropriação indireta toda a regulação estatal que resulte em restrição do direito de propriedade, conforme afirma Camila Araújo Trade (2009):

De consequência, quando o Poder Público, direta ou indiretamente, produz o esvaziamento econômico da propriedade, fica obrigado a reparar o prejuízo, porque resta caracterizada a interdição ou a via de incômodos da propriedade privada. Nesta compreensão, a interdição que gera a perda do valor econômico do bem pode até ser considerada como desapropriação indireta, uma vez que ceifa direitos individuais do particular, impedido-o de usar e gozar de seu bem, gravado pela restrição administrativa, que lhe proscreeve direito constitucional fundamental. (p. 27-49).

Nesse contexto, a questão surge, então, do seguinte questionamento: essas modalidades de desapropriação indireta podem ser classificadas como expropriações regulatórias? Nas palavras de Gustavo Binenbojm (2010), a resposta é sim. Então, vejamos:

A regulação expropriatória ocorre quando: (i) quando vier acompanhada de esbulho possessório; (ii) quando for desproporcional, porquanto desnecessária e/ou tiver custos maiores que seus benefícios; e (iii) quando for excessiva, por configurar esvaziamento econômico, ou retirar o conteúdo prático do direito que passa a ser usado para o atendimento de finalidades públicas. (n. p.).

No âmbito do direito norte-americano, expressão *regulatory takings* é usada justamente para referir-se às expropriações regulatórias praticadas pelo Poder Público, que, como o escopo de exercer sua prerrogativa reguladora, intervém de forma supressiva na propriedade privada. São aqueles casos extremos em que o Poder Público extrapola todos os limites garantidores da propriedade privada sem o devido ressarcimento.

Por isso, daqui em diante considerar-se-á a desapropriação indireta como expropriação regulatória. Assim, todas as vezes em que o texto se referir à expropriação regulatória, entenda-se como desapropriação indireta e vice-versa.

Portanto, no capítulo seguinte, será realizada a análise do estudo desenvolvido nos Estados Unidos que trata do instrumento processual da desapropriação indireta, para que se possa obter uma melhor compreensão da intervenção do Estado na propriedade privada, utilizando para isso da doutrina *regulatory taking*.

6.9 A experiência norte-americana na compreensão das expropriações regulatórias

A Análise Econômica do Direito prioriza a construção de um conhecimento interdisciplinar que busca resultados positivos levando em conta o fator experiência. Por óbvio, a experiência norte-americana, embora imprescindível para o presente estudo, não consiste, necessariamente, em modelo a ser aplicado, mas oferece um norte para conclusão do presente análise.

A Teoria das Expropriações Regulatórias não foi edificada por meio de uma doutrina específica, posto que seu desenvolvimento foi sendo construído com base em jurisprudências reiteradas sobre casos concretos, bem com da leitura da 5ª Emenda Constitucional dos Estados Unidos, que traz um rol de garantias, dentre as quais, se destaca a impossibilidade de expropriação regulatória para uso público sem a devida indenização.

Dessa forma, para que seja possível a compreensão da teoria, propõe-se a apresentação de um dos primeiros casos de admissibilidade da expropriação regulatória pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Trata-se de uma decisão aplicada ao caso *Pennsylvania Coal Co. v Mahon*, (1922)²⁴. O ocorrido deu-se em 1878, a companhia *Pennsylvania Coal Co.* realizou, por meio de escritura, um acordo cedendo a H. J. Mahon, os direitos de superfície sobre uma parcela do imóvel, sem abrir mão direitos de mineração que exercia sobre o bem. Dessa forma, pela escritura, transmitiu-se a superfície da propriedade, entretanto, em termos expressos reservou-se o direito de remover todo o carvão encontrado abaixo da superfície. Mahon concordou expressamente com os termos da escritura, aceitando a exploração mineral de carvão que continuava sendo realizada no imóvel. Posteriormente, em 1921, o Estado da Pensilvânia sancionou a Lei de Kohler, que vedava a prática da mineração de carvão abaixo da superfície

²⁴ *Pennsylvania Coal v. Mahon* (1922), 260 U.S. 393 (1922). Suprema Corte dos EUA, Justice Oliver Wendell Holmes. Disponível em: <goo.gl/90G1k4>. Acesso em: 31 ago. 2016.

usada como habitação humana. Quando a companhia decidiu iniciar a extração de carvão mineral no subsolo da propriedade, descobriu que Mahon, baseando-se na Lei de Kohler, havia ajuizado uma ação para impedir a exploração do carvão sob a alegação de que aquela modalidade de exploração era considerada ilegal. Para se defender de tal impedimento, a companhia Pennsylvania Coal Co. argumentou que a restrição imposta à prática da exploração de carvão naquele imóvel infringia o seu direito de propriedade assegurado pela 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. A Suprema Corte norte-americana mostrou-se favorável à argumentação da companhia e considerou a que a atitude excessiva do Estado no que se refere ao poder de polícia, ocasionou a redução do valor da propriedade privada.

O caso apresentado foi um episódio precursor das regulações expropriatórias em que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos decidiu que se um ato regulamentar constitui uma expropriação exigindo compensação, o ressarcimento dependerá da extensão da diminuição do valor da propriedade.

Segundo consta do referido caso, o jurista americano Oliver Wendell Holmes Jr.²⁵, que figurou como relator do ocorrido, se posicionou afirmando que não se trata do exercício do poder de polícia, na medida em que afeta a mineração de carvão em ruas ou cidades em lugares onde havia um direito exploratório de natureza econômica.

Holmes defendeu a ideia de que o ato de exploração da propriedade ocorrido no caso *Pennsylvania Coal Co. v Mahon* deveria ser compensado para que se obtivesse suporte para aplicação em futuras decisões, ainda que a atividade administrativa e regulatória não tivesse o costume de compensar todos os impactos econômicos advindos da intervenção do Estado na propriedade privada.

Não obstante, era necessário distinguir e identificar as hipóteses em que a intervenção do Estado ultrapassa limites da regulação, transformando-se em medida expropriatória, conforme explica André Rodrigues Cyrino (2014):

É claro que se deve reconhecer, como fez o *Justice* Holmes, que a atividade administrativa e a regulação seriam inviabilizadas caso se tornasse necessário compensar toda pessoa cuja propriedade sofra algum impacto econômico em virtude da atuação estatal. Nada obstante, era preciso reconhecer a possibilidade de hipóteses em que a regulação vai mais longe do que deveria, convertendo-se em medida expropriatória. Se, de um lado, “a propriedade pode ser regulada em certa medida”, de outro lado, “se a regulação vai longe demais, ela pode configurar uma expropriação”. (p. 218).

²⁵ HOLMES JR., Oliver Wendell. Disponível em: <goo.gl/90G1k4>. Acesso em: 22 ago. 2016.

Ademais, a Lei Kohler, editada para proibir a exploração de carvão abaixo da superfície de área construída, também figurava como uma espécie de expropriação, pois os efeitos advindos dessa ação seriam os mesmos que os da expropriação regulatória do bem.

Nesse contexto, restou demonstrado que, por mais que existisse um desejo latente de se valer do poder do Estado para fazer cumprir interesses regulatórios, essa prerrogativa não pode ser alcançada em desrespeito aos direitos de propriedade.

O caso *Pennsylvania Coal v. Mahon* não foi o único julgado pela Suprema Corte que versava sobre os excessos de regulação. Muitos outros casos abrangendo abusos de regulação foram julgados. Outro caso desbravador no trato dos excessos de regulação ficou conhecido como *Keystone Bituminous Coal Association V. DeBenedictis*²⁶. Em 1966, no Estado da Pensilvânia, foi editada uma lei que proibia a mineração de carvão que causasse afundamento da superfície da terra. A lei previa ainda que todo aquele que descumprisse a ordem teria a outorga de exploração minerária revogada pela Administração Pública. Frente a isso, associação *Keystone Bituminous*, que exercia atividade mineradora, ajuizou ação com o intuito de impedir que a lei estadual prejudicasse as associadas alegando afronta ao disposto na emenda 5ª da Constituição, reduzindo o valor da propriedade sem a devida compensação. O caso tramitou até chegar à Suprema Corte; entretanto, apesar da semelhança com o caso de *Mohon*, o provimento foi negado. O Tribunal entendeu que em 1987 os fatores e elementos que levaram a edição da lei, *Pennsylvania's Bituminous Mine Subsidence And Land Conservation Act*, eram distintos daqueles existentes na Lei Kohler, haja vista que as leis editadas até então careciam de proteção ao interesse público no que condiz a conservação, desenvolvimento e proteção do solo naquele Estado.

Naquela ocasião, a corte já havia criado um parâmetro para dizer se o caso configuraria ou não como uma regulação expropriatória. Dessa forma, os objetivos que motivavam o Estado ultrapassar os limites da regulação passou a ser considerado como fator imprescindível para o julgamento do caso concreto. Isso porque nem todas as formas de intervenção do Estado na propriedade privada poderiam ser consideradas como regulação expropriatória.

²⁶ *Keystone Bituminous Coal Assn. v. De Benedictis*, (1987). Disponível em: <goo.gl/Kxw0bR>. Acesso em: 31 ago. 2016.

6.10 Da doutrina *Regulatory Takings*

Literalmente, o termo *regulatory taking*²⁷ corresponde ao que compreendemos por expropriação regulatória ou desapropriação indireta. No campo do Direito norte-americano, a expressão *regulatory taking*, introduzida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é utilizada para identificar as circunstâncias em que o Estado se excede na regulação da propriedade privada. Gustavo Binbenbim (2010) traz uma definição esclarecedora acerca do tema:

No âmbito do direito norte-americano, o rótulo de “expropriação regulatória” (*regulatory taking*) designa estas situações em que o Poder Público, a pretexto de disciplinar o exercício de direitos, acaba por exceder suas atribuições na limitação à propriedade privada. São hipóteses em que o Estado vai longe demais, em desrespeito ao conteúdo essencial do direito de propriedade e à vedação de sua utilização pública sem justa compensação. (n. p.).

A desapropriação indireta de bem imóvel sem o devido ressarcimento não é uma particularidade do Poder Público brasileiro. Diversos países sofrem com essa modalidade de abuso praticada pelo Estado.

No Brasil, a ausência de uma teoria que regule as expropriações regulatórias tem legitimado o Judiciário a decidir aleatoriamente se o proprietário expropriado faz ou não jus a um ressarcimento justo. A ausência de normas expressas que regulamentem as expropriações ilegítimas, permite que as decisões sejam pautadas no princípio do livre conhecimento do juiz, com o objetivo de estimar um valor correspondente ao do bem que lhe fora subtraído.

Entretanto, cumpre aqui chamar a atenção para o fato de que o direito à justa compensação pelo dano decorrente de uma desapropriação indireta não pode de maneira alguma se confundir com os parâmetros da indenização justa prevista no Art. 5º, XXIV, da Constituição. Isso porque a doutrina e a jurisprudência brasileira caminham no sentido de que a “[...] indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento”. (MELLO, 2009, p. 1.012).

²⁷ De acordo com a definição do Dicionário de Direito do Merriam-Webster, a expressão *regulatory taking* diz respeito à identificação e responsabilização por “[...] uma apropriação ou diminuição dos direitos de propriedade privada por um regulamento governamental que excede o poder de polícia legítima do governo (como o poder de promulgar regulamentos de segurança) e para o qual o proprietário pode procurar um mandado de segurança, o alívio declaratório, ou apenas de compensação (como por expropriação inversa) comparar tomada física, zoneamento.” Disponível em: <goo.gl/70yS2Y>. Acesso em: 23 ago. 2016.

A adoção de decisões controvertidas sobre o assunto, demonstra que na maioria das vezes o livre convencimento do juiz²⁸ opta por cercear o direito à compensação, baseando-se no argumento de que a indenização justa não deve ultrapassar limites da recomposição pela propriedade expropriada.

É obvio que devolver ao proprietário o valor integral de mercado referente ao bem expropriado configura sim uma indenização, mas, seria justa?

Na desapropriação ordinária, a mera devolução do valor que permita adquirir outro imóvel nas mesmas condições deve ser considerada justa; entretanto, na regulação expropriatória a justa compensação, deve levar em consideração não só o valor do bem expropriado, mas também todos os custos decorrentes da expropriação, que não são poucos.

Certamente, o receio do ordenamento jurídico brasileiro em atribuir a justa compensação deve-se à dificuldade de identificar precisamente o momento em que a regulação do Estado ultrapassou seus limites e à ausência de normas que disciplinem sobre as expropriações regulatorias.

Segundo Freitas (2016, p. 162), o reconhecimento da teoria da expropriação regulatória, “[...] teve lugar, em sede jurisprudencial, justamente, porque o exercício da função de polícia (policy power), ao expropriar a propriedade privada, desconsiderava o devido processo legal previsto na 14ª Emenda à Constituição Americana”.

Nesse sentido, vejamos o que diz a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos , e sujeitas a sua jurisdição , são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem Nenhum Estado poderá fazer ou executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades . dos cidadãos dos Estados Unidos ; nem nenhum estado privar qualquer pessoa da vida , liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis. (ESTADOS UNIDOS, n. p.).

O desrespeito em expropriar a propriedade privada sem observar o devido processo legal previsto na 14ª Emenda à Constituição Americana também pode ser claramente verificado no Brasil. O Art. 5º, LIV da Constituição Federal Brasileira também assegura que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Entretanto, ao submeter o exercício do direito de propriedade ao crivo da função social, a mesma Constituição oferece suporte para que o Estado exerça livremente a regulação expropriatória.

²⁸ No cálculo do montante indenizatório, poderá o juiz valer-se do princípio do livre convencimento judicial, a fim de encontrar o valor que de fato compense o antigo titular pelo prejuízo decorrente da intervenção supressiva do Estado.

O objetivo central da regulação administrativa tem se distorcido, e o Estado, que não pode deixar de indenizar os prejudicados por esses desvios de conduta, o faz sem qualquer cerimônia.

Um dos primeiros doutrinadores a apontar o tema *regulatory takings* nos Estados Unidos foi Ernst Freund, em 1904, com a publicação do livro *The police power, public police and constitutional rights*.²⁹

Ernst Freund buscou distinguir as hipóteses em que o exercício do poder de polícia consistia, na verdade, no exercício indevido de intervenção do Estado, resultando assim em direito à indenização para quem sofreu o dano; dessa forma, distinguiu a regulação expropriatória o do exercício do poder de polícia utilizando-se da análise dos critérios de dano e benefícios.

Segundo Freund (1904, p. 546-547), “[...] as regulações que visam controlar ou prevenir danos são fruto do poder de polícia e não dariam causa à indenização. Já aquelas regulações cujo intuito seja extrair um benefício à custa do particular mereceriam ser indenizadas”.

Nesse sentido, entende-se que aquela regulação que pretende prevenir ou minimizar danos, são espécies de exercício de polícia e conseqüentemente não geram indenização. Entretanto, quando o Estado se utiliza da regulação para adquirir benefício em detrimento ao interesse particular, a indenização é devida.

Certo é que a após a inspiração do *Justice Holmes* no caso *Pennsylvania v. Mahon* desenvolveu-se uma grande produção científica a respeito do tema das regulações expropriatórias, principalmente em relação ao momento em que se constitui uma regulação expropriatória. Ou seja, a partir de 1922, buscou-se delimitar os excessos de regulação do Estado na propriedade privada para a aplicação de sanções indenizatórias.

Entretanto, identificar o ponto central em que uma regulação estatal ultrapassa limites e se transforma em expropriação regulatória não é tarefa fácil. Foi buscando esse ponto efetivo de identificação que Richard Epstein (1984) elaborou um teste para que o juiz possa analisar se a regulação do Estado excedeu seus limites. Esse teste consiste em realizar as seguintes perguntas: a) o proprietário foi tolhido de exercer algumas de suas faculdades do

²⁹ Ernst Freund foi professor de ciência política na Universidade de Chicago (1894-1902) e professor de Direito em Chicago (1903-1932). Freund foi o principal responsável pelo desenvolvimento do Direito Administrativo nos Estados Unidos no início do século XX. A Universidade de Chicago *Law School* estabeleceu a *Ernst Freund Professorship* de Serviços Distintos da Lei e Ética em sua honra, um assento atualmente ocupado pelo filósofo Martha Nussbaum. Disponível em: <goo.gl/EqPXkX>. Acesso em: 23 jun. 2016.

direito de propriedade? b) Qual é a justificativa que legitima o ato expropriatório? c) O esvaziamento da faculdade inerente ao proprietário se deu em razão de atender uma finalidade pública? d) há alguma forma de compensação pelo ato expropriatório? Se a resposta da letra “c” ou “d” forem negativas, o juiz deverá mandar o ato administrativo ser desfeito a depender do caso concreto, ou garantir a indenização pelo prejuízo sofrido.

Richard Epstein foi um dos pioneiros na busca pela identificação da regulação expropriatória. Sua proposta de identificar excessos regulatórios revela-se eficaz visto que proporciona um questionamento capaz de verificar claramente se as pretensões de regulação do Estado são positivas ou negativas. Para Epstein (1984. p. 102), “[...] o surgimento da doutrina *regulatory takings* está relacionada à intervenção estatal na propriedade privada parcial, sem o pagamento da respectiva indenização”.

Assim como Richard Epstein, Frank Michelman (1967) desenvolveu um raciocínio para determinar critérios que identifiquem a expropriação regulatória. Sua perspectiva prática de ponderação entre as despesas e os benefícios decorrentes da regulação o levou a propor uma análise complexa e aprofundada sobre a eficiência da medida de uma expropriação regulatória.

Dessa forma, Frank Michelman propôs parâmetros que apontam para uma perspectiva prática de contrapeso entre custos e benefícios de uma regulação expropriatória, ou seja, as variáveis propostas por Frank Michelman podem ser entendidas de forma que a atuação das seguintes variáveis: a *efficiency gains* permitirá chegar a um resultado sobre a diferença entre as perdas e benefícios decorrentes da regulação do Estado; os cálculos da variável *demoralization costs* permitirão avaliar (em uma perspectiva individual e coletiva) os prejuízos e consequentes efeitos da regulação expropriatória sem indenização; e a avaliação variável *settlement cost* permitirá medir o resultado decorrente dos prejuízos e estabelecer uma medida de compensação por eles. Essa última variável leva em conta o gasto pelo tempo, o esforço e os recursos necessários para reparar o prejuízo de forma que a solução encontrada evite a *demoralization cost*.

Nota-se que a proposta de Michelman requer que o juiz dispense um esforço para analisar o caso concreto, reconhecendo ou não a existência de expropriação por regulação.

Ainda que as propostas de Michelman e Epstein figurem como ferramentas legítimas para a identificação e caracterização das regulações expropriatórias, não se pode afirmar o controle sobre a identificação de todos os casos concretos de regulação expropriatória. Sempre haverá casos difíceis de intervenção estatal. Existe, de acordo com Epstein (1984. p.

267), “[...] várias hipóteses em que se deve cogitar da necessidade de compensação, ou mesmo da invalidade da regulação”.

As propostas de Michelman e Epstein requerem severa fiscalização por parte do judiciário e afincos nas avaliações de cada caso concreto. A implementação dessas premissas no Brasil pode servir para a construção de uma norma, delimitando os parâmetros que possam identificar a regulação expropriatória. Contudo, certamente não encontrarão espaço no âmbito jurídico, devido à morosidade processual do Judiciário brasileiro.

Fato é que a quantificação de prejuízos decorrentes desse tipo de intervenção permanece como tarefa extremamente complexa frente às suas peculiaridades. Isso sem levar em consideração que todo brasileiro expropriado carrega consigo o penoso fardo de ter que submeter à fila longa fila do sistema de precatórios. Nesse viés, segundo Epstein (1984. p. 264), “[...] em algumas dessas hipóteses, o remédio apropriado diante da violação constitucional será a total invalidação da medida”.

6.11 Doutrina *Regulatory Takings* no Brasil

A regulação econômica em si é um tema bastante estudado tanto no âmbito do Direito, quanto na Economia. Enquanto o Direito considera a regulação econômica como uma prerrogativa do Estado para o exercício das funções administrativas e a manutenção da ordem social, a Economia tem se preocupado em entender como a aplicação de estímulos econômicos podem contribuir para o desenvolvimento de uma economia mais eficiente.

Com efeito, por uma perspectiva jurídica, “regular pode ser entendido como o exercício da função normativa”, de modo que quando o Poder Executivo se apresenta no mundo jurídico para realizar tal função, esta se reveste “em função normativa de regulação administrativa”. (MATTOS. 2004, p. 12-13).

Já a regulação expropriatória (*regulatory taking*) ainda caminha lentamente pelo campo do conhecimento investigativo. No Brasil, a doutrina *regulatory takings* verifica-se a partir de duas premissas constitucionais: uma delas é a função reguladora do Estado na economia como agente normativo e agente regulador, e a segunda fica a cargo da relativização da propriedade privada em atendimento ao princípio da função social da propriedade.

A ação do Estado de suprimir a propriedade sem justa indenização e sem observância ao devido processo legal configura a regulação expropriatória. Nesse viés, García de Enterría e Fernández (1999) indicam três possíveis hipóteses de identificação da regulação

expropriatória: em um primeiro grau estão as limitações administrativas do Direito, as quais impõem condições ao exercício do administrado sem intervir nos seus elementos (ex.: quando a lei prevê uma qualificação para o exercício de uma profissão). O segundo grau refere-se por delimitações administrativas de conteúdo normal de direitos os quais não interferem no exercício do Direito, mas em seu conteúdo (ex.: parâmetros de construção de espaços acessíveis). E, em último e terceiro grau, há intervenções ablativas, ou seja, aquela por meio da qual se priva, extrai-se, retira, sacrifica o Direito, resultando no esvaziamento de sua finalidade econômica ou da sua funcionalidade (ex.: desapropriação comum e desapropriação indireta).

Segundo Gustavo Binenbojm (2010, n. p.), “[...] parece ser possível identificar as hipóteses de regulação expropriatória utilizando como parâmetro o exame da proporcionalidade”.

A análise de proporcionalidade funciona como instrumento para resolução de diversos conflitos entre interesses opostos. Sua aplicação dá-se pela verificação consecutiva de três elementos essenciais, quais sejam, a “legitimidade”, “necessidade” e “proporcionalidade”. A legitimidade refere-se a validade constitucional para alcançar o que se pretende, a necessidade corresponde a optar pela escolha menos onerosa possível e a proporcionalidade acena a ponderação custo/benefício entre o direito suprimido e o que se pretende buscar.

Nesse sentido, verifica-se que a regulação expropriatória constitui-se inteiramente desproporcional, visto que é ilegítima, pois a tomada da propriedade privada pelo Estado sem obediência ao devido processo legal constitui afronta ao direito fundamental de propriedade garantido constitucionalmente; é desnecessária, pois a regulação ordinária da propriedade privada possui regramento próprio e a regulação expropriatória poderia ser evitada por meio de “[...] medidas simples de planejamento e gestão responsável da função administrativa”. (MARINELA, 2010, p. 830); e desproporcional haja vista que, ao final das contas, os custos decorrentes da regulação expropriatória ocasionam mais despesas para o Estado do que se optasse pelo devido processo legal.

No que se refere aos custos ocasionados pela regulação da propriedade, Gustavo Binenbojm (2010) ensina que:

Quando os custos da regulação forem muito mais altos que os seus benefícios, é possível cogitar-se da sua invalidade. A regulação que expropria será aquela com custos muito elevados para o direito de propriedade sem um benefício equiparável para os interesses da coletividade. Em outras palavras, a desproporcionalidade haverá quando os custos individuais superarem os benefícios coletivos da medida. (n. p.).

Tabela 1 – Hipótese Demonstrativa dos Custos de Regulação na Desapropriação Indireta

<i>Regulação</i>	<i>Indenização Prévía?</i>	<i>Custos de Regulação (CR)</i>	<i>Benefícios (B)</i>	<i>Resultado</i>
Desapropriação Valor do imóvel R\$50.000,00	Sim	R\$50.000,00	Abertura de uma via pública R\$45.000,00	Viável CR < B
Desapropriação Valor do imóvel R\$50.000,00	Não	R\$85.000,00 (Indenização + Juros Moratórios e Compensatórios + Gastos com a Máquina Pública)	Abertura de uma via pública R\$45.000,00	Inviável CR > B

Fonte: Elaborada pela autora.

Diante dos argumentos apresentados, verifica-se que a pretensão do Estado em continuar praticando regulações expropriatórias não pode prosperar. O esvaziamento econômico da propriedade privada em benefício de uma finalidade pública deve ser previamente indenizado. A indenização pela regulação expropriatória no Brasil gera custos excessivos devido à morosidade do judiciário. O valor correspondente ao ressarcimento do bem, somado aos juros moratórios e compensatórios majorados pelo fator tempo, mais os gastos com a movimentação da máquina pública para dirimir conflitos de regulação expropriatória e os gastos como a manutenção do sistema de precatórios apontam para a urgente necessidade de desconstituir a desapropriação indireta no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela presente dissertação, buscou-se investigar a intervenção do Estado na propriedade privada imobiliária urbana mediante a desapropriação indireta. Questionou-se a persistência do Estado em subtrair para si um bem particular sem a observação do devido processo legal.

A pretensão de averiguar a viabilidade da desapropriação indireta, bem como os impactos trazidos pela prática dessa conduta ilegítima, levou em consideração o equilíbrio entre Direito e Economia, visto que uma matéria não se submete a outra, mas caminham juntas por meio da interdisciplinaridade. O estudo do tema proposto seguiu sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito e a conclusão pretendida resta demonstrada nas linhas que se seguem.

Verificou-se que a função social da propriedade figura como elemento basilar para legitimação da intervenção supressiva do Estado. O direito à propriedade, assegurado pelo Art. 5º, XXII da Constituição Federal de 1988, encontra-se ameaçado. Há sim uma inegável permissão constitucional para que essa intervenção supressiva do Estado continue a prosperar e isso se deve ao fato de que a relativização da propriedade privada, em atendimento ao princípio da função social, condicionou o direito de propriedade aos interesses da coletividade.

Constatou-se que a desapropriação indireta é uma modalidade ilícita de intervenção que decorre da função reguladora do Estado. Certo é que as prerrogativas inerentes ao exercício do poder de polícia admitem a intervenção do Estado na propriedade privada. No entanto, percebeu-se um oportunismo reiterado por parte do Estado quando este ultrapassa os limites de regulação. A escassez de argumentos que possibilitem a defesa do direito de propriedade se contrapõe aos preceitos legais que impedem a reivindicação do bem.

A impossibilidade de reivindicação do bem subtraído pelo Estado incita o proprietário expropriado a se valer de uma ação judicial para que o juiz reconheça seu direito à indenização; todavia, embora não exista lei regulamentado a matéria, percebeu-se que o posicionamento jurisprudencial favorável ao cabimento de indenizações tem colaborado decisivamente para a materialização da desapropriação indireta.

Apesar do posicionamento jurisprudencial favorável verificou-se, pelo presente estudo, que a barbárie da desapropriação indireta reside no fato de que o pagamento pelas indenizações devidas se submete, obrigatoriamente, à fila de precatórios. Dessa forma, ainda que o direito à indenização seja reconhecido, a expectativa do pagamento devido pelo Poder Público enfrenta questões extremamente lesivas, a saber: (1) a espera em uma fila por ordem

cronológica desoladora; (2) a inadimplência do poder público devido à dívida de precatórios que ultrapassa o montante de R\$97,3 bilhões; e (3) o descaso do Judiciário em responsabilizar o Poder Público por tamanha inadimplência.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito contribui para afirmar que o comportamento inadimplente do Estado em relação aos credores precatoristas afeta diretamente o desenvolvimento da atividade econômica. Isso porque os altos gastos com precatórios prejudicam a alocação de recursos públicos escassos.

Ademais, restou demonstrado que o sistema de precatórios não cumpre a função para qual foi criado e essa afirmação legitimou-se frente aos governos irresponsáveis que o transformaram em uma execução ineficiente, caracterizada pelo difícil cumprimento de decisões judiciais e pela imprevisibilidade de satisfação do direito do credor. Nesse sentido, pode-se afirmar que o sistema de precatórios contribui para a confirmação da ineficácia da desapropriação indireta.

Malgrado o tema apresentado ainda não possua regulamentação legalística, as desapropriações indiretas são uma realidade latente no Brasil. Nesse sentido, a análise dos preceitos inerentes à doutrina *regulatory takings*, trazida pela Suprema Corte norte-americana, permitiu verificar algumas semelhanças entre o instrumento processual da desapropriação indireta e as regulações expropriatórias, visto que ambos decorrem de excessos na regulação da propriedade privada.

A contribuição dos preceitos americanos justifica-se pelo fato de que a doutrina *regulatory takings* (regulações expropriatórias) refere-se às hipóteses em que o Poder Público, à escusa de exercer o poder de regulação, toma para si a propriedade privada sem qualquer ressarcimento ao proprietário do bem, tal como ocorre nos casos de desapropriação indireta.

O objetivo central da regulação administrativa tem se distorcido pelo comportamento oportunista do Estado que escolhe racionalmente o atalho da desapropriação indireta, ainda que isso possa ocasionar sérios prejuízos para o particular. Esse cenário distorcido agrava-se ainda mais pela dificuldade encontrada na atribuição da justa indenização, que se explica pelo receio em atribuir enriquecimento indevido pelas desapropriações indiretas.

Certamente, a complexidade que dificulta a atribuição da justa compensação deve-se à dificuldade de identificar, precisamente, o momento em que a regulação do estado ultrapassou seus limites. Para tanto, a observação da doutrina *regulatory takings* mostrou-se eficiente, ao passo que oferece preceitos que contribuem para a agilidade na identificação do exato momento em que se consolidou a regulação expropriatória.

Nesse viés, pela teoria *regulatory takings*, foi possível constatar que os modelos de raciocínio apresentados por Richard Epstein e Frank Michelman devem ser considerados como ferramentas válidas para determinar critérios que identifiquem a expropriação regulatória no Brasil. Acredita-se que a implantação dessas premissas possa colaborar efetivamente para a construção de uma norma jurídica que regule as regulações expropriatórias; entretanto, certamente encontrarão dificuldade de se adaptar ao âmbito jurídico brasileiro, devido à morosidade processual de um Judiciário subsidiado pelo próprio Estado.

Todavia, em virtude de tudo o que foi exposto, tem-se que a prática da desapropriação indireta não pode prosperar. Essa modalidade de intervenção ilegítima do Estado na propriedade privada constitui um ciclo que traduz a má administração e utilização inadequada dos recursos públicos, uma vez que, na esfera particular, resulta em custos exorbitantes para o expropriado e, na esfera pública, a administração acaba por sobrecarregar toda a coletividade devido aos gastos absurdos com precatórios.

Buscar preceitos regulamentadores para a intervenção supressiva do Estado sob o véu constitucional da função social só servirá para legitimar ações acovardadas contra a propriedade privada. Um abuso contra a propriedade privada constitui um abuso contra a própria liberdade individual. A sociedade que não consegue garantir o direito de propriedade, tornar-se-á refém de ações interventivas-supressivas daqueles que, sob o pretexto de estar exercendo justiça social, atuam destruindo o próprio direito de liberdade dos indivíduos.

Ademais, o sistema de precatórios contribui para a total ineficácia do instrumento processual de desapropriação indireta, fazendo com que, pelo decurso do tempo, as indenizações se transformem em valores altíssimos a serem deduzidos do orçamento público pertencente à mesma sociedade a quem o Estado se propõe tutelar.

As comprovações decorrentes dessa pesquisa denotam a emergência em se criar normas que possibilitem censurar definitivamente a intervenção estatal por meio das desapropriações indiretas, haja vista a constatação de sua inviabilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. B. D.; RODRIGUES JÚNIOR, W. E. **Direito Civil: Famílias**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, A. S. D. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BASTOS, C. R.; MARTINS, G. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BESSONE, D. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJM, G. Regulações expropriatórias. **Editora JC**, 30 abr. 2010. Disponível em: <goo.gl/c0GT59>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BLACKSTONE, W. **Comentários sobre as leis da Inglaterra**. Cap.1, p.304. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893. Vol. 1 – Books I & II.

BRASIL. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 novembro 1937. Disponível em: <goo.gl/39avzD>. Acesso em: 09 maio 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Rio de Janeiro: **Diário Oficial da União**, 18 jul. 1941. Disponível em: <goo.gl/11otaW>. Acesso em: 06 maio 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em:< goo.gl/Gc4KRX >. Acesso em: 20 ju. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015. Disponível em: <goo.gl/vXQBtR>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: <goo.gl/HwJ1Q>. Acesso em: 06 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.204.923/RJ. Rel. Ministro Humberto Martins. Rio de Janeiro, 28 maio 2012. Disponível em: <goo.gl/JvFqrw>. Acesso em 18 jul. 2016.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 182.670 - GO (2012/0108599-1)**. Rel. Aussete Magalhães, Aparecida de Goiânia, 27 mar. 2015. Disponível em: <goo.gl/dlVV9X>. Acesso em: 12 jul. 2016.

CARVALHO FILHO, J. D. S. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CATEB, A. B. A Função Econômica do Direito Registral Imobiliário e o Direito de Empresa. SlidePlayer, 2010. Disponível em: <goo.gl/AhRDXU>. Acesso em: 02 jul. 2016.

CATEB, A. B.; GALLO, J. A. A. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. 2016. Disponível em: <goo.gl/OduAyv>. Acesso em: 21 ago. 2016.

CHAUÍ, M. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, R. C. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COASE, R. H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 87-137, 1960.

COOTER, R.; ULEN, T. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo, SP: Edameris, 1966.

CYRINO, A. R. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 199-235, 2014. Disponível em: <goo.gl/cxOTIK>. Acesso em: 22 ago. 2016.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão — 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. d. Disponível em: <goo.gl/u08YfG>. Acesso em: 04 ago. 2016.

DI PIETRO, M. S. Z. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade**. Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

EPSTEIN, R. **Takings: private property and the power of eminent domain**. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

ESTADOS UNIDOS. Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <goo.gl/CP2H8v>. Acesso em: 23 ago. 2016.

FALLE, M. H. F. F. O direito de propriedade e o tortuoso processo de sua funcionalização: do conceito de propriedade liberal à função social da propriedade e da empresa. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 14, n. 102, p. 165-178, fev./maio 2012.

FARIAS, C. C. D.; ROSENVALD, N. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIUZA, C. **Direito Civil: Curso Completo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FLORENZANO, V. D. **A Emenda Constitucional Nº 30, de 13.9.2000, sob a perspectiva da análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey; Centro Jurídico Brasileiro, 2005.

FREITAS, R. V. **Expropriações regulatórias**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREUND, E. **The police power, public police and constitutional rights**. Chicago: The University of Chicago Press, 1904.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMON, F. **Curso de derecho administrativo**. 9. Madrid: Cívitas, 1999.

GARCIA, F. Texto introdutório. In: PARETO, V. **Manual de economia política**. Tradução de João Guilherme Vargas. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 5-13.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **63661-11.2011.8.09.0011(201190636611)**. Rel. Amélia Martins de Araújo, Goiânia, 27 mar. 2015. Disponível em: <goo.gl/5RzlUX>. Acesso em: 12 jul. 2016.

GOMES, O. **Direitos Reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, A. R. O Domínio Público - O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade. Coimbra: Almedina, 2005.

HARADA, k. **Direito Financeiro e Tributário**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HARADA, k. **Desapropriação. Doutrina e Prática**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HOBBS, Thomas. Do Cidadão. 3º ed. Tradução de Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Original inglês. (Clássicos)

JÚNIOR, J. C. M. Das primeiras conexões entre Direito e Economia ao movimento *Law and Economics*. Empório do Direito, 06 abr. 2015. Disponível em: <goo.gl/C85WfG>. Acesso em: 28 abr. 2016.

JUNIOR, M. S. G. Aspectos relevantes da Fazenda Pública em Juízo. **Revista do Tribunal Federal da 1ª Região**, Brasília, 2002. Disponível em: <goo.gl/Z1bHvB>. Acesso em: 30 jul. 2016.

LOCKE, J. **Carta acerca da tolerância; Ensaio acerca do entendimento humano; Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Anuar Aiex. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

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

MARTINEZ, V. C. Estado de Direito Social. **Jus Navigandi**, jul. 2004. Disponível em: <goo.gl/IQ1iEt>. Acesso em: 04 ago. 2016.

MATTOS, Paulo Todescan L. **O novo estado regulador no Brasil**: direito e democracia. (Doutorado em Direito). Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, M. T. L.; ESTEVES, H. L. B. Direito e Economia na noção de “direitos de propriedade”. 2008. Disponível em: <goo.gl/2aiqtV>. Acesso em: 2016 jun. 05.

MERRIAM-WEBSTER, D. D. D. Dicionário de Direito Merriam-Webster. 1996. Disponível em: <goo.gl/70yS2Y>. Acesso em: 23 ago. 2016.

MICHELMAN, F. I. Property, utility, and fairness: comments on the ethical foundations of “just compensation” law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 80, p. 1.165-1.258, abr. 1967.

NIED, P. S. **O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade**. 2012. Disponível em: <goo.gl/RjTSPF>. Acesso em: 12 jul. 2016.

OLIVEIRA, R. C. R. O. **Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e Análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, R. G.; PINHO, D. B.; VASCONCELLOS, M. A. S. **Economia do meio ambiente: manual de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de Direito Civil: posse. Propriedade. Direitos Reais de Fruição. Garantia e Aquisição**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PESSOA, R. S. **Curso de Direito Administrativo moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PETTER, J. L. **Doutrina e questões de concurso**. 3. ed. Atual. Ampl. [S.l.]: Verbo Jurídico, 2009.

PIMENTA, E. G. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

POSNER, Richard. A. Como decidem os Juízes. Madri; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.

RAWLS, J. **Justiça como equidade**. Uma reformulação. Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSENVALD, N.; FARIAS, C. C. D. **Direito Civil, teoria geral**. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROUSSEAU, J.-J. **Discurs sur l'origine et les fondements de l'inegalite parmi les hommes**. Paris: Flammarion, 2007.

SADDI, J.; PINHEIRO, A. C. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALAMA, B. M. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Caderno Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <goo.gl/zxgYzQ>. Acesso em: 07 ago. 2016.

SALLES, J. C. D. M. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6 ed. Curitiba: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SAMPAIO, J. A. L. Breve histórico da propriedade. **Dom Total**, 07 dez. 2010. Disponível em: <goo.gl/TXfm2a>. Acesso em: 14 out. 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC: 730719 SC 2010.073071-9**. Rel. Luiz César Medeiros, Florianópolis, 25 jan. 2011. Disponível em: <goo.gl/UczKXM>. Acesso em: 12 jul. 2016.

SANTOS, F. J. R. D. Registro de imóveis desapropriados para construção de linhas férreas. In: **ENCONTRO DOS OFICIAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS DO BRASIL**, 42., Aracaju. Disponível em: <goo.gl/KPYqFD>. Acesso em: 12 jul. 2016.

SOUZA, M. A. C. D. **Da desapropriação indireta: análise da legalidade da exigência de precatório para o pagamento das parcelas indenizatórias.** Dissertação (Mestrado). Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2010.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARTUCE, F. **Direito Civil:** direito das coisas. São Paulo: Método, 2014.

TRADE, C. Indenizabilidade das áreas de preservação permanente. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBBM** –, Belo Horizonte, v. 10, n. 31, p. 27-49, jan./mar. 2009.

VASCONCELLOS, M. A. S. D.; GARCIA, M. E. **Fundamentos da Economia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZYLBERTSTAJN, D.; SZTAJN, R. **Direito & economia:** análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 315 p.