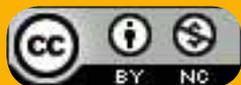


Artigos

Recebido: 23.01.2019

Aprovado: 22.02.2019

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v7i2.5392>

O direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada e o prazo prescricional nas ações de indenização por desapropriação indireta

Beatriz de Souza Costa

Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, MG, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0003-0729-522X>

Émilien Vilas Boas Reis

Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, MG, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0003-0729-522X>

Leonardo Cordeiro de Gusmão

Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, MG, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0003-1426-2880>

Resumo: Este trabalho procura solucionar divergência jurisprudencial significativa constante no Superior Tribunal de Justiça, em relação à definição do prazo prescricional atinente à ação de indenização por desapropriação indireta. A investigação é conduzida por pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, mediante aplicação do método dedutivo com abordagem jurídico-teórica, a partir de fontes documentais, bibliográficas e legislativas. Revela-se mais coerente ao ordenamento jurídico brasileiro, que o intérprete aplique o prazo de 15 anos constante no *caput* do artigo 1.238 do Código Civil, ao invés do prazo excepcional de dez anos previsto no parágrafo único de tal dispositivo, destinado exclusivamente ao particular. Deve-se conferir uma interpretação restritiva à norma excepcional, aumentando a possibilidade de efetiva reparação do dano causado ao núcleo do direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada, atribuindo-lhe a máxima eficácia constitucionalmente exigida.

Palavras-chave: Direito Humano e Fundamental à Inviolabilidade da Propriedade Privada; Função Social da Propriedade; Prazo Prescricional; Ação de Indenização por Desapropriação Indireta; Interpretação Jurisdicional.

The human and fundamental right to the inviolability of private property and the statutory term to file the indemnification lawsuit for indirect expropriation

Abstract: This work seeks to resolve jurisprudential divergence constant in Superior Court of Justice, regarding the definition of the statutory term to file an indemnification lawsuit for indirect expropriation. The investigation is conducted by qualitative, descriptive and explanatory research, through the application of legal evaluation methods, based on

documentary, bibliographical and legislative sources. It is more coherent to the Brazilian legal system, the application of the 15 years term contained in the *caput* of the article 1.238 from Civil Codification, rather the exceptional term of ten years constant in the single paragraph, which is destined to particular. Thus, should be conferred a restrictive interpretation for exceptional rule, increasing the possibility of effective reparation of the damage caused to the core of the human and fundamental right to the inviolability of private property, attributing to it the maximum effectiveness constitutionally required.

Keywords: Human and Fundamental Right to the Inviolability of Private Property; Social Function of Property; Statutory Term; Indemnification Lawsuit for Indirect Expropriation; Judicial Interpretation.

Introdução

Dirime-se, com o presente trabalho, divergência jurisprudencial considerável existente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à definição do prazo prescricional atinente à ação de indenização por desapropriação indireta de imóvel. Para tanto, promover-se uma pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, valendo-se do método dedutivo com abordagem jurídico-teórica, mediante análise de fontes documentais, bibliográficas e legislativas.

No primeiro tópico tratar-se-á do direito humano e fundamental¹ à inviolabilidade da propriedade privada, contextualizando-o historicamente à luz das gerações dos direitos fundamentais. Posteriormente, será enfatizada a função social da propriedade privada, salientando a necessidade de compatibilização entre o interesse privado e o interesse público. Depois, no segundo, delimitar-se-ão alguns aspectos procedimentais relativos à desapropriação (direta), para depois evidenciar os elementos capazes de configurar a desapropriação indireta, analisando-o à luz dos princípios da legalidade e do devido processo legal, além de destacar suas repercussões perante o direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada.

Destacar-se-á, no terceiro tópico, a amplitude do direito fundamental ao acesso à justiça, enfatizando que sua efetivação somente será observada em caso de tutela jurisdicional adequada, efetiva, razoável e tempestiva. Esclarecer-se-ão os parâmetros que devem nortear a interpretação jurisdicional de normas excepcionais, em especial quando houver necessidade de ponderação entre o interesse público e o interesse privado.

Por derradeiro, expor-se-á a divergência jurisprudencial existente no Superior Tribunal de Justiça, relacionada à definição do prazo prescricional aplicável às ações de indenização por desapropriação indireta. Avaliar-se-á qual delas se revela mais coerente ao ordenamento jurídico brasileiro, visando conferir máxima eficácia ao direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada.

Propriedade privada: inviolabilidade e função social

Os direitos fundamentais foram consagrados com o movimento constitucionalista que os positivou – notavelmente, a Constituição norte-americana de 1791 –, momento a partir do qual eles passaram a

¹ Para o presente trabalho consideram-se direitos humanos aqueles reconhecidos em documentos internacionais por uma nação soberana, enquanto que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados em sua Constituição.

ocupar posição central no ordenamento jurídico, o que possibilitou aos cidadãos opô-los ao próprio Estado². De acordo com Sarlet eles “são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano³”.

Ao comentar sobre as ordens constitucionais de limitação do poder estatal, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, deu destaque ao papel desempenhado pelos direitos fundamentais:

Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações *materiais*: há valores básicos e direitos fundamentais que não de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura *orgânica* exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*). Por fim, há as limitações *processuais*: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público⁴.

Além de impor limites ao exercício da autoridade estatal, o reconhecimento constitucional de direitos fundamentais passou a orientar a atividade legislativa e a elaboração de políticas públicas, influenciando também na interpretação jurisdicional responsável pela formação da norma jurídica⁵.

Sem ousar fazer, neste estudo, uma profunda pesquisa, como a desenvolvida por Robert Alexy sobre a teoria dos direitos fundamentais, é importante lembrar que o autor afirma que entre os conceitos de norma de direito fundamental e o de direito fundamental existem estreitas conexões, embora os conceitos sejam diversos⁶. Portanto, “[...] Sempre que alguém possui um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga este direito⁷”. O autor exemplifica que no direito alemão se distinguem normas de direito fundamental e o direito fundamental. É uma discussão relevante porque é um dos pontos que leva o autor a desenvolver a conceituação de princípios e regras em seu trabalho que discutirá também sobre normas jurídicas e valores. Todavia, tal tema não será desenvolvido neste artigo por não ser o objeto diretamente relacionado.

² SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [s/p]. [E-Book]

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [s/p]. [E-Book]

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [s/p], grifos no original. [E-Book]

⁵ A norma jurídica é formada a partir da interpretação e aplicação de enunciados normativos em situações concretas.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdes. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdes. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 47, tradução nossa. “[...] Siempre que alguien posee um derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho.”

Tendo também como alicerces autores germânicos, Peres Luño, ao tratar da significação axiológica objetiva dos direitos fundamentais, afirma que “os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, lograda a partir de relações de tensões e dos esforços de cooperação encaminhados de acordo com metas comuns⁸”.

Sob a perspectiva da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 (CRFB/88), os direitos fundamentais estão previstos de forma expressa ou implícita, sendo conceituados por Sarlet da seguinte forma:

[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal⁹.

Conveniente frisar a evolução histórica dos direitos fundamentais, a teor de circunstâncias contextuais experimentadas pela sociedade, doutrinariamente representada em gerações – posicionamento divergente considera mais apropriado o termo “dimensões”, visto o caráter cumulativo dos direitos fundamentais. Ressalte-se, aliás, que tanto as Constituições quanto os direitos nelas previstos são mutáveis, sendo relevante perceber que a evolução dos direitos fundamentais não ocorre de forma linear em todos os Estados soberanos¹⁰.

Diante da ausência de um consenso sobre a existência ou não de direitos fundamentais de quarta, quinta ou sexta dimensão, adotar-se-á para o presente trabalho o posicionamento de Sarlet¹¹, que embora admita a controvérsia existente em tal divisão, constata sua função didática e afirma que todos os direitos fundamentais poderiam ser enquadrados de algum modo em três dimensões. Aqueles reputados como de primeira dimensão foram os primeiros positivados, tendo origem nas Revoluções Americana¹² e Francesa¹³. Segundo Branco, por meio deles intentou-se “fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo¹⁴”. A primeira dimensão de

⁸ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1995. p. 21, tradução nossa. “[...] *los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, lograda a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminhados al logro de metas comunes*”.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [s/p]. [E-Book]

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [s/p]. [E-Book]

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [s/p]. [E-Book]

¹² A Revolução Americana ocorreu entre os anos de 1775 e 1783.

¹³ A Revolução Francesa ocorreu entre os anos de 1789 e 1799.

¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. [E-Book].

direitos fundamentais, portanto, protege os indivíduos contra intervenções arbitrárias por parte do Estado na seara privada. Faz-se mister, pois, trazer à tona algumas palavras tecidas por Sarlet:

Neste contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.), e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) também se enquadram nesta categoria [...]¹⁵.

Os direitos de segunda dimensão surgiram posteriormente à constatação de que a abstenção estatal não seria suficiente para assegurar o bem-estar individual, haja vista o cenário verificado de alarmante desigualdade social. Nela, enquadram-se as liberdades sociais, tais como a possibilidade de sindicalização e a realização de greve, além dos direitos sociais, que demandam uma ação positiva do Estado visando corrigir disparidades individuais e sociais excessivas – direito à educação, à saúde etc¹⁶.

Por sua vez, os direitos de terceira dimensão se caracterizam por sua titularidade difusa ou coletiva. Foram concebidos para atender interesses da coletividade e não de indivíduos isoladamente analisados, tais como: direito à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; direito ao desenvolvimento etc.¹⁷

Dar-se-á destaque, a partir de agora, ao direito fundamental à inviolabilidade da propriedade privada – relativo à primeira dimensão de direitos fundamentais – e ao dever do proprietário em atribuir-lhe uma função social, sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. Convém realçar, inicialmente, que o direito à inviolabilidade da propriedade privada foi qualificado como um direito humano por ocasião da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, recebendo, assim, proteção no âmbito do direito internacional. O artigo XVII da referida declaração afirma o seguinte: “Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros [...] Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade¹⁸”.

Os direitos humanos são indispensáveis à fruição de uma vida digna, sendo tutelados pelo direito internacional. Sua definição é realizada a teor de um contexto histórico, conforme ensinamentos de Ramos:

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [s/p]. [E-Book]

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. [E-Book].

¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. [E-Book].

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 26 dez. 2018. [s/p].

Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos.

Em geral, todo direito exprime a faculdade de *exigir de terceiro*, que pode ser o Estado ou mesmo um particular, determinada *obrigação*. Por isso, os direitos humanos têm estrutura variada, podendo ser: direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e, finalmente, direito-imunidade, que acarretam *obrigações* do Estado ou de particulares revestidas, respectivamente, na forma de: (i) dever, (ii) ausência de direito, (iii) sujeição e (iv) incompetência¹⁹.

No cenário brasileiro, o direito humano à inviolabilidade da propriedade privada foi qualificado como fundamental pelo *caput* e inciso XXII do artigo 5º da CRFB/88²⁰. É de suma relevância à autonomia e autodeterminação dos indivíduos, razão pela qual se faz crucial sua proteção contra interferências arbitrárias por parte de particulares ou do Estado. Trata-se de direito essencial à efetivação da Dignidade da Pessoa Humana, que é valor basilar do Estado Democrático de Direito, nos termos do inciso III do artigo 1º da CRFB/88²¹. Incorporando tal compreensão, Assis acentua que “Não é exagero afirmarmos que a propriedade nasce junto com o indivíduo, quase como algo inato do ser humano²²”.

A ausência de interferências na propriedade privada, contudo, não é absoluta, tendo em vista sua relevância social. Nesse sentido, o texto constitucional também se preocupou com a adequação de sua utilização, impondo ao proprietário, por meio do inciso XXIII do artigo 5º e inciso III do artigo 170, a obrigação de conferir função social à propriedade, em atenção aos interesses da coletividade²³.

Convém realçar que “A função social, em verdade, permeia todo o texto constitucional, porquanto é fundamento e objetivo da República”.²⁴ Trata-se de um dever fundamental atrelado ao próprio reconhecimento do direito à inviolabilidade da propriedade privada. Nesses termos, Araújo pondera que “o direito de propriedade continua a ser um direito fundamental, porém vinculado ao dever de cumprir a função social e a função ambiental²⁵”.

São diversos os modos pelos quais uma propriedade pode cumprir com a função social dela esperada, atendendo a uma finalidade compatível aos interesses do proprietário e da coletividade. No

¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [s/p], grifos no original. [E-Book]

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

²² ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 781-791, 2008. P. 782.

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

²⁴ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. A função social na experiência brasileira e seu impacto na resignificação da liberdade contratual nos 30 anos da CF/88. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES**, Canoas, v. 6, n. 2, p. 125-136, 2018. p. 128- 129.

²⁵ ARAÚJO, Giselle Marques de. Função ambiental da propriedade: uma proposta conceitual. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 251-276, 2017. p. 262.

caso dos imóveis urbanos, por exemplo, sua função social pode ser efetivada mediante sua edificação ou parcelamento, conforme indica o § 4º do artigo 182 da CRFB/88²⁶; enquanto que nos imóveis rurais tal obrigação pode ser desempenhada mediante demonstração de produtividade, aliada à valorização do trabalhador rural e à racional utilização dos recursos naturais, tal como determinado pelos incisos do artigo 186 da CRFB/88²⁷.

Os incisos XXIV e XXV do artigo 5º da CRFB/88, seguindo essa perspectiva social da propriedade privada, expressam a possibilidade de o Poder Público requisitá-la em caso de perigo público, além de desapropriá-la com fundamento em necessidade ou utilidade pública, ou ainda por interesse social²⁸.

Na realidade, são diversas as modalidades de intervenções que o Estado pode realizar na propriedade privada, desde que motivado ao atendimento do interesse público: limitações administrativas; ocupação temporária; tombamento; requisição; servidão administrativa; desapropriação; além do parcelamento e edificação compulsórios.

Pertinente, pois, transcrever algumas lições de Di Pietro:

Sabe-se que a propriedade é o **direito individual** que assegura a seu titular uma série de poderes cujo conteúdo constitui objeto do direito civil; compreende os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo. Não podem, no entanto, esses poderes ser exercidos ilimitadamente, porque coexistem com direitos alheios, de igual natureza, e porque existem interesses públicos maiores, cuja tutela incumbe ao Poder Público exercer, ainda que em prejuízo de interesses individuais. Entra-se aqui na esfera do **poder de polícia** do Estado, ponto em que o estudo da propriedade sai da órbita do direito privado e passa a constituir objeto do direito público e a submeter-se a **regime jurídico derogatório e exorbitante do direito comum**²⁹.

É relevante, contudo, salientar que no Brasil a intervenção do Poder Público na propriedade privada, além de se fundamentar na função social, também deve ser exercida em consonância com procedimentos previamente definidos pelo sistema jurídico. Caso contrário, será caracterizada como arbitrária e, portanto, ilícita, em desrespeito ao núcleo do direito fundamental em comento.

A conclusão exposta no parágrafo anterior decorre do princípio da legalidade previsto no *caput* do artigo 37 da CRFB/88, que impõe ao Estado a obrigação de atuar amparado na legislação em vigor, o qual também é assegurado ao particular pelo *caput* do artigo 5º da CRFB/88³⁰. Eventual intervenção ou restrição à propriedade privada deve, aliás, seguir os procedimentos normativos pertinentes a cada situação –

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [s/p], grifos no original. [E-Book]

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

desapropriação, servidão administrativa etc. –, em consonância com o princípio do devido processo legal, estando tal exigência expressa no inciso LIV do artigo 5º da CRFB/88³¹.

Conveniente frisar, além do mais, que o Código Civil de 2002 (CC/02) esmiuçou os aspectos relativos à propriedade, além de diferenciá-la do instituto da posse. É o que se observa no teor do artigo 1.196, o qual dispõe que “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade³²”.

Segundo os artigos 1.200 e 1.201 do CC/02, a posse é considerada justa quando não se caracterizar como violenta, clandestina ou precária, sendo qualificada como de boa-fé nas hipóteses em que o possuidor ignorar determinado vício ou obstáculo que o impede de adquirir a coisa³³.

Por sua vez, a partir do enunciado contido no artigo 1.204 CC/02, depreende-se que a posse é adquirida no momento em que determinada pessoa exerce quaisquer dos poderes inerentes à propriedade³⁴. Os poderes do proprietário, segundo o artigo 1.228 do CC/02, correspondem às faculdades de “usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha³⁵”.

Observe-se, portanto, que posse e propriedade são institutos distintos, embora entrelaçados. Tal como se fez em âmbito constitucional, os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 1.228³⁶ da legislação civil também condicionaram a propriedade privada ao cumprimento de sua função social, inclusive no que diz respeito à proteção e defesa do meio ambiente – convergindo com o dever fundamental imposto pelo *caput* do artigo 225³⁷ da CRFB/88 –, além de prever a possibilidade de desapropriação nas hipóteses de utilidade ou necessidade pública, e interesse social.

O entrelaçamento entre posse e propriedade fica ainda mais evidente ao se considerar o instituto da usucapião, dando-se destaque, por motivo de pertinência temática, à hipótese prevista no *caput* e parágrafo único do artigo 1.238 do CC/02. O referido dispositivo, que trata da usucapião extraordinária³⁸, afirma que a propriedade imóvel poderá ser adquirida, independentemente de boa-fé, quando determinado indivíduo não possuir outro imóvel e estiver exercendo a posse pelo prazo mínimo de 15 anos, o qual será reduzido

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

³² BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

³³ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

³⁴ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

³⁵ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

³⁶ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

³⁸ Existem modelos distintos de usucapião.

para dez anos na hipótese de ter constituído moradia no local ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo³⁹.

De acordo com Donizetti e Quintella, “Hoje, com grande nitidez, enxerga-se no fenômeno da usucapião a atuação das funções sociais da posse e da propriedade, aliadas⁴⁰”. Acerca das características principais da usucapião, cita-se abaixo uma ponderação realizada por Caio Mário da Silva Pereira:

Usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei. Mais simplificada, tendo em vista ser a posse que, no decurso do tempo e associada às outras exigências, se converte em domínio, podemos repetir, embora com a cautela de atentar para a circunstância de que não é qualquer posse senão a qualificada: Usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada⁴¹.

Importante ressaltar que se um determinado imóvel de propriedade privada se revelar essencial ao atendimento de uma necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, deverá o Poder Público instaurar procedimento de desapropriação (direta). Deverá observar detidamente as normas procedimentais de tal instituto jurídico, de modo a evitar uma apropriação arbitrária do imóvel, o que violaria o núcleo do direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade. Entretanto, não raras vezes o Poder Público se apossa de imóvel privado sem cumprir com as normas atinentes à desapropriação (direta), e nele realiza obras e/ou presta serviços em prol do interesse público. Tal afetação da propriedade particular ao interesse público impede sua posterior reintegração ou reivindicação pelo proprietário, apesar da atuação ilegal do Poder Público.

A situação descrita no parágrafo anterior configura o que se denomina por desapropriação indireta, a qual, apesar de ilegal, poderá⁴² ensejar na transferência da propriedade para o ente público em razão de sua afetação ao interesse coletivo, independentemente do período em que a posse é exercida pelo ente público. Notoriamente, trata-se de hipótese distinta da usucapião, na qual o decurso do tempo se faz fundamental para caracterização do domínio e à posterior aquisição da propriedade.

No próximo tópico serão detalhados alguns aspectos relativos à desapropriação (direta e indireta), visando possibilitar o posterior debate acerca do prazo prescricional aplicável às ações de indenização por desapropriação indireta.

O procedimento legal de desapropriação (direta) e a caracterização da desapropriação indireta

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de perda do direito à propriedade imóvel, por meio de desapropriação (direta), em duas hipóteses distintas: a) por razões de utilidade ou necessidade

³⁹ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁴⁰ DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 732.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 4. p. 137-138, grifos no original.

⁴² Dependerá de reconhecimento judicial, mediante sentença de natureza declaratória, normalmente após o pagamento da indenização correspondente, acrescida de juros e correção monetária – o pagamento pode deixar de ocorrer em caso de prescrição da pretensão indenizatória.

pública, ou interesse social – inciso XXIV do artigo 5º da CRFB/88 e § 3º do artigo 182, da CRFB/88⁴³; § 3º do artigo 1.228 do CC/02⁴⁴; b) por interesse social, visando promover a reforma agrária, nos casos de imóveis rurais que não atendem sua função social – artigos 184 e 186 da CRFB/88⁴⁵; e Lei Complementar 76/93⁴⁶; § 3º do artigo 1.228 do CC/02⁴⁷.

Em se tratando de imóvel rural ou urbano que tenha sido utilizado para o cultivo de plantas psicotrópicas, o Poder Público se apropriará do mesmo por meio de confisco – expropriação –, nos termos do artigo 243 da CRFB/88, não sendo o caso de desapropriação⁴⁸.

Compete ressaltar, ainda, a existência de controvérsia acerca da situação tratada pelos § 4º e § 5º do artigo 1.228 do CC/02, denominada por parcela significativa da doutrina como “desapropriação judicial” ou “desapropriação privada”, enquanto outra afirma se tratar de alienação compulsória⁴⁹. Vale dizer que o próprio Superior Tribunal de Justiça já utilizou o termo “desapropriação judicial” em algumas ocasiões, tal como no Recurso Especial nº 1.442.440/AC, julgado em 07/12/2017 sob relatoria do Ministro Gurgel de Faria⁵⁰.

Ao comentar as disposições contidas nos § 4º e § 5º do artigo 1.228 do CC/02, Loureiro afirma que “Não há, na verdade, desapropriação, nem indenização a ser paga pelo Poder Público. Cuida-se de alienação compulsória do proprietário sem posse ao possuidor sem propriedade, que preencha determinados requisitos previstos pelo legislador⁵¹”. Nesse sentido, aliás, convém notar que quando quis tratar da desapropriação o legislador o fez de forma expressa no **§ 3º do artigo 1.228 do CC/02, não fazendo o mesmo** no § 4º do artigo 1.228 do CC/02, dando a entender que se trata de outra hipótese – tal como a desapropriação e a usucapião – na qual o proprietário pode ser privado de sua propriedade em prol do interesse social⁵².

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁴⁴ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁴⁶ BRASIL. **Lei Complementar nº 76** de 06 jul. 1993. Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação e imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jul. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp76.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁴⁷ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁴⁹ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.442.440/AC**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Gurgel de Faria. Data do Julgamento: 07 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400582864&dt_publicacao=15/02/2018>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁵¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. O Direito das Coisas. In: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de [et al] (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 12ª ed., rev. e atual. – Barueri: Manole, 2018. p. 1153.

⁵² BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. [s/p]. Disponível em:

O Enunciado⁵³ n° 84, aprovado na I Jornada de Direito Civil, reforça a compreensão defendida por Loureiro, ao dispor que será dos possuidores a responsabilidade pelo pagamento da indenização, não sendo tal obrigação imposta ao Poder Público⁵⁴. Contudo, por sua vez, o Enunciado n° 308 da IV Jornada de Direito Civil, que utiliza o termo “desapropriação judicial”, dispõe que ficará o Poder Público responsável pelo pagamento da indenização prevista no § 5º do artigo 1.228 do CC/02, quando a transferência da propriedade for relevante à consecução das políticas de reforma urbana ou agrária, e desde que os possuidores sejam de baixa renda e tenha havido intervenção do Poder Público na ação judicial em que foi fixada a indenização e constituído o título translativo (sentença)⁵⁵.

Para o presente trabalho será adotada a concepção que qualifica como alienação compulsória – ao invés de desapropriação judicial ou desapropriação privada –, visando ao atendimento de interesse social, a situação descrita pelos § 4º e § 5º do artigo 1.228 do CC/02, a despeito de eventual possibilidade do Poder Público arcar com a indenização devida ao proprietário, consoante entendimento do Enunciado n° 308, supracitado.

Passar-se-á, adiante, a tratar do procedimento previsto para a realização de desapropriação (direta) – hipóteses previstas no parágrafo inaugural deste tópico –, para posteriormente caracterizar a desapropriação indireta.

No que se refere aos imóveis urbanos, será possível sua desapropriação não apenas quando não estiverem cumprindo com sua função social, mas também nas hipóteses em que apesar da adequada utilização da propriedade, sua apropriação pelo Estado se fizer indispensável ao atendimento de determinado interesse público – utilidade ou necessidade pública, ou interesse social.

Atente-se que o inciso XXIV do artigo 5º da CRFB/88 fala em utilidade ou necessidade pública, dando a entender que são hipóteses distintas que justificam a desapropriação de imóveis.⁵⁶ Contudo, tais conceitos foram unificados pelo Decreto 3.365/41, o qual segue em vigor e utiliza apenas o termo “utilidade pública⁵⁷”, elencando diversas hipóteses em que ela estará configurada⁵⁸.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁵³ Os enunciados das Jornadas de Direito Civil têm natureza doutrinária.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista das jornadas do CJF**: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios. – Gabinete do Ministro Diretor da Revista, Conselho da Justiça Federal. – Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevJorCJF/article/view/3769/3889>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista das jornadas do CJF**: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios. – Gabinete do Ministro Diretor da Revista, Conselho da Justiça Federal. – Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevJorCJF/article/view/3769/3889>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁵⁷ Por essa razão, no presente trabalho será utilizado apenas o termo utilidade pública, no qual também estará inserida a concepção de necessidade pública.

⁵⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.365** de 21 jun. 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jun. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

No que se refere à desapropriação de imóvel por interesse social, a matéria foi regulamentada pela Lei 4.132/62. Seu artigo 1º dispõe que “A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social” [...]”⁵⁹

Visando distinguir as justificativas que podem fundamentar a declaração de desapropriação – utilidade pública ou interesse social –, socorre-se, nesse momento, dos ensinamentos de Moreira Neto:

Ocorrerá a hipótese de *necessidade pública*, se a Administração encontrar na desapropriação a *única solução* para resolver determinado problema administrativo por ela enfrentado; a de *utilidade pública* se caracterizará se a desapropriação se apresentar como a *melhor solução* administrativa para o atendimento do interesse público, e, finalmente, a de *interesse social* se configurará, se a desapropriação for a *única* ou a *melhor solução administrativa* para amparar um *grupo social* que o Estado deva proteger ou pretenda atender de modo especial.

Enquanto as duas primeiras modalidades – a *necessidade pública* e a *utilidade pública* – visam a dotar o Estado de *meios de atendimento* a *interesses gerais* da sociedade, a terceira, a de *interesse social*, se destina a *atender diretamente* a *interesses específicos* de certos segmentos carentes da sociedade, destacando-se, como a mais notória e importante variedade dessa modalidade, a *desapropriação para fins de reforma agrária* (CF, art. 184), que se distingue das demais pela possibilidade de utilização pelo Estado de títulos especiais para o pagamento da indenização⁶⁰.

Deve-se atentar que quando a desapropriação decorrer de utilidade pública – que se destina ao interesse público em geral –, o imóvel será ocupado diretamente pelo Estado, por meio da instalação das estruturas indispensáveis ao atendimento daquela. Diferentemente, no caso de desapropriação por interesse social, a ocupação do imóvel será promovida por grupos sociais, isto é, por um conjunto de indivíduos.

Em todo caso, caberá ao Poder Público, previamente, promulgar ato administrativo declaratório, em respeito ao princípio da publicidade, atribuindo ao imóvel utilidade pública ou interesse social. Citam-se abaixo, nesse viés, algumas palavras de Oliveira:

A fase declaratória inicia o procedimento de desapropriação. Trata-se da declaração formal do Poder Público que demonstra a necessidade de desapropriação de determinado bem para o atendimento da utilidade pública, necessidade pública ou interesse social.

A declaração deve individualizar, com precisão, o bem que será desapropriado, sendo vedada a afirmação genérica de que determinada área possui utilidade pública, necessidade pública ou interesse social. Da mesma forma, o Poder Público deve apontar a finalidade da desapropriação⁶¹.

Além disso, conforme apregoa o inciso XXIV do artigo 5º da CRFB/88 e o § 3º do artigo 182 da CRFB/88, a desapropriação – por utilidade pública ou interesse social – pressupõe o pagamento prévio, em

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 4.132** de 10 set. 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 nov. 1962. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4132.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: Parte introdutória, Parte Geral, Parte Especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [s/p], grifos no original. [E-Book]

⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2018. [s/p]. [E-Book]

dinheiro, de uma justa indenização ao proprietário, evitando, com isso, arbitrariedades que representariam violação ao núcleo⁶² do direito humano e fundamental à propriedade⁶³.

A garantia da indenização prévia – anterior à ocupação do imóvel – e em dinheiro é basilar ao procedimento desapropriatório, caso contrário estaria configurado o confisco, em prejuízo ao núcleo do direito fundamental em comento. Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu em 29/10/2015, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, a existência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 922.144/MG, na pretensão de avaliar se a exigência ao pagamento de indenização prévia e em dinheiro, nos casos de desapropriação, é ou não compatível com o regime de precatórios previsto no artigo 100 da CRFB/88. Veja-se:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. GARANTIA DE JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE PRECATÓRIOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se e como a justa e prévia indenização em dinheiro assegurada pelo art. 5º, XXIV, da CRFB/1988 se compatibiliza com o regime de precatórios instituído no art. 100 da Carta. 2. Repercussão geral reconhecida⁶⁴.

Cumprir destacar que o artigo 184 da CRFB/88 também exige o pagamento de indenização prévia no caso de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, embora determine a utilização de títulos da dívida agrária, ao invés de dinheiro.⁶⁵

A efetivação da desapropriação, portanto, deve observar as respectivas normas procedimentais, em consonância com os princípios da legalidade e do devido processo legal, seja sob a perspectiva do *caput* do artigo 5º da CRFB/88 ou do *caput* do artigo 37 da CRFB/88⁶⁶.

Na hipótese de utilidade pública, o apossamento da propriedade privada pelo Poder Público e sua afetação ao interesse coletivo, sem o cumprimento das fases procedimentais inerentes à desapropriação – ato administrativo declaratório e prévio pagamento da indenização –, configura ato ilícito, representando violação ao princípio do devido processo legal previsto no inciso LIV do artigo 5º da CRFB/88⁶⁷.

Vale destacar, contudo, que mesmo na hipótese de atuação ilegal por parte do Poder Público, na qual ocupa imóvel privado sem observância do devido processo legal relativo à desapropriação – ou seja, quando

⁶² Corresponde ao conteúdo mínimo do direito fundamental, indispensável à fruição de uma vida digna.

⁶³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 922.144/MG**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data do Julgamento: 29 de outubro de 2015. [s/p]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28922144%2EENUME%2E+OU+922144%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/gS8q7rb>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

realiza o esbulho possessório –, o proprietário não poderá pleitear por sua reintegração ou reivindicação se o imóvel esbulhado tiver sido afetado a uma utilidade pública. Nessa hipótese, estará caracterizada a desapropriação indireta, a qual se configura como ato ilícito, resultante de uma conduta abusiva praticada pelo ente público. Acerca dos elementos que caracterizam a desapropriação indireta, calha mencionar trecho da ementa do Recurso Especial nº 442.774-SP, julgado em 02/06/2005 pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do então Ministro Teori Albino Zavascki:

3. A chamada “desapropriação indireta” é construção pretoriana criada para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades, nas hipóteses em que a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público.

4. Para que se tenha por caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro), com a consequente transferência compulsória do domínio ao Estado, é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: (a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação⁶⁸.

Convém salientar, diante do precedente em evidência, que a desapropriação indireta somente será possível na hipótese em que o imóvel for afetado a uma utilidade pública – realização de obras ou prestação de serviços públicos –, não ocorrendo o mesmo no caso de interesse social. Rememore-se que neste último caso a desapropriação direta – legal – ocorre em prol de determinado grupo social, cujos indivíduos irão se apossar do imóvel desapropriado.

Se determinado imóvel for ocupado por um determinado grupo social, sem que seja em consequência à efetivação de desapropriação direta – seguindo o procedimento legalmente previsto –, seus indivíduos poderão adquirir sua propriedade por meio da usucapião ou mediante alienação compulsória (§ 4º e § 5º do artigo 1.228 do CC/02), desde que cumpridos os respectivos requisitos legais. Nessas hipóteses não se poderá falar em desapropriação indireta porque não foi o próprio Estado, por meio da instalação de suas estruturas, quem se apossou do imóvel – quem praticou o esbulho possessório. Inclusive, na ementa do Recurso Especial nº 1.041.693, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 03/11/2009, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou-se o entendimento de que a realização de obras de saneamento básico por Município, em imóvel de propriedade privada, não configura esbulho possessório e nem desapropriação indireta praticada pelo Poder Público, caso o imóvel tenha sido anteriormente ocupado por indivíduos, sendo estes os responsáveis pelo esbulho possessório⁶⁹. No mesmo sentido compreende a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, como se observa na ementa do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.367.002/MG, julgado em 20/06/2013 com relatoria desempenhada pelo Ministro Mauro Campbell Marques:

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 442.774/SP**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Data do Julgamento: 02 de junho de 2005. [s/p]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200571465&dt_publicacao=20/06/2005/>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.041.693/RJ**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 03 de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800602411&dt_publicacao=02/02/2010>. Acesso em: 23 jan. 2019.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DIREITO À INDENIZAÇÃO INDEMONSTRADO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INVASÃO DE LOTEAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA DO APOSSAMENTO E CONDUTA POSITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ.

1. No que tange à controvérsia suscitada nos autos, o Tribunal a quo afastou a possibilidade de indenização tendo em vista que não reconheceu que tenha havido desapropriação indireta pelo ente público em face das invasões provocadas pelo movimento mencionado.

2. Este entendimento se coaduna com a orientação jurisprudencial deste Sodalício no sentido de que inexistente desapossamento por parte do ente público ao realizar obras de infraestrutura em imóvel cuja invasão já se consolidara, pois a simples invasão de propriedade urbana por terceiros, mesmo sem ser repelida pelo Poder Público, não constitui desapropriação indireta [...]⁷⁰.

Assim, infere-se que a desapropriação indireta – ato ilegal – somente estará configurada na hipótese de utilidade pública, ocasião em que o ente público se apossa de imóvel sem a observância do devido processo legal previsto para a desapropriação direta – legal – e nele efetiva obras e/ou presta serviços públicos, visando atender ao interesse público geral – o esbulho possessório é praticado pelo Poder Público.

A afetação da propriedade privada ilegalmente ocupada, ao interesse público em geral, impede sua reintegração ou reivindicação pelo proprietário. No entanto, em razão da vedação ao enriquecimento sem causa constante no artigo 884 do CC/02⁷¹, e da proteção ao núcleo do direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada, o ente público ainda deverá indenizar o proprietário em dinheiro, evitando-se a configuração do confisco, em conformidade com o *caput* e incisos XXIV e XXXV do artigo 5º da CRFB/88⁷², e artigos 186 e 927 do CC/02⁷³.

Tendo em vista que na hipótese de desapropriação indireta a ocupação do imóvel pelo Poder Público ocorre sem o cumprimento dos pressupostos legais relativos ao instituto da desapropriação (direta), dentre os quais se enquadra o pagamento de indenização prévia, restará ao proprietário ajuizar ação de indenização contra o ente público, tendo em vista a perda efetiva de seus poderes de proprietário em consequência à desapropriação indireta.

Antes de averiguar qual é o prazo prescricional adequado à ação de indenização por desapropriação indireta, compete esclarecer a amplitude do direito fundamental ao acesso à justiça, o qual somente será respeitado se a norma jurídica formada pelo intérprete conferir a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais assegurados aos indivíduos, além de compatibilizá-los com o interesse público.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.367.002/MG**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data do Julgamento: 20 de julho de 2013. [s/p]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202295520&dt_publicacao=28/06/2013>. Acesso em: 23 jan. 2019.

⁷¹ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁷³ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

O direito fundamental ao acesso à justiça e a ponderação entre interesses privado e público

O direito fundamental ao acesso à justiça – também chamado de direito fundamental à tutela jurisdicional – é assegurado pelos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da CRFB/88⁷⁴. No campo infraconstitucional, está previsto nos artigos 3º, 4º e 8º do Código de Processo Civil (CPC)⁷⁵.

Importante asseverar que o conteúdo do referido direito não se limita ao acesso formal ao órgão jurisdicional. De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “só pode ser concebido como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (arts. 5º, XXXV e LXXXVIII, CF, e 3º e 4º, CPC). A ação é direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo⁷⁶”.

Significa que o direito fundamental ao acesso à justiça – à tutela jurisdicional – somente será efetivado quando a norma jurídica for formada em tempo razoável e de modo coerente com o ordenamento jurídico, considerando os interesses envolvidos na situação concreta.

Merecem destaque, pois, as lições de Donizetti:

A interpretação do **princípio do acesso à justiça** (art. 5º, XXXV, da CF/1988) não pode se limitar, portanto, à mera possibilidade de ingresso em juízo; ao contrário, esse princípio deve ser interpretado compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, para a qual converge todo o conjunto de princípios e garantias constitucionais fundamentais do processo. E, para que se obtenha essa “garantia síntese”, o constituinte positivou na lei maior uma série de princípios e garantias, impondo várias exigências ao sistema processual por meio de um conjunto de disposições que convergem para esse fim⁷⁷.

Em se tratando de litígios que envolvem a proteção ou reparação à violação a direitos humanos e fundamentais, a tutela jurisdicional será adequada, razoável e eficiente, se o intérprete atentar para o princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais, constante no § 1º do artigo 5º da CRFB/88⁷⁸.

Nesse compasso, na *ratio decidendi* da ementa relativa ao Recurso Especial Repetitivo nº 1.411.258/RS, julgado em 11/10/2017 com relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, consta o seguinte entendimento: “Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê maior concretude ao direito⁷⁹”.

⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁷⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105** de 16 mar. 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017. p. 156.

⁷⁷ DONIZETTI, Elpidio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 70, grifos no original.

⁷⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1.988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Repetitivo nº 1.411.258/RS**. Órgão Julgador: Primeira Seção. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Data do Julgamento: 11 de outubro de 2017. [s/p]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303392039&dt_publicacao=21/02/2018>. Acesso em: 26 dez. 2018.

O Supremo Tribunal Federal compreende da mesma forma, como se observa em trechos da ementa do Agravo Regimental interposto perante o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.732/DF, julgado em 03/06/2014, mediante relatoria do Ministro Celso de Mello:

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - O Poder Judiciário, no exercício de sua atividade interpretativa, deve prestigiar, nesse processo hermenêutico, o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional de direitos humanos como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), extraindo, em função desse postulado básico, a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana⁸⁰.

Não raras vezes, haverá necessidade de ponderação entre interesses conflitantes, o que pode ocorrer diante da colisão entre direitos fundamentais distintos de indivíduos, ou ainda no conflito entre determinado direito fundamental e a satisfação do interesse público. Nesses termos, o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, afirma que os direitos fundamentais assegurados aos indivíduos “não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)⁸¹”.

Conveniente citar alguns esclarecimentos realizados por Oliveira, acerca da relação eventualmente conflitante entre interesse público e interesse privado:

O conceito de interesse público não necessariamente se opõe ao de interesse privado. A aproximação entre Estado e sociedade demonstra bem isso, notadamente quando se verifica que a atuação do Poder Público deve pautar-se pela defesa e promoção dos direitos fundamentais e, obviamente, pelo respeito à dignidade humana. A promoção estatal dos direitos fundamentais representa a satisfação das finalidades públicas estabelecidas pela própria Constituição.

E isso se dá porque, em verdade, nunca existiram um único ‘interesse público’ tampouco um interesse privado, concebidos abstratamente e de forma cerrada. Muito ao contrário, em uma sociedade pluralista, existem diversos interesses públicos e privados em constante conexão, de modo que, naturalmente, poderão emergir eventuais conflitos entre interesses considerados públicos [...]⁸².

Diante da centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, impõe-se ao Poder Público o dever de ponderar suas ações, em respeito aos direitos e garantias fundamentais, conferindo a estes a maior eficácia possível. Considerando tal assertiva, Moreira Neto tece a seguinte crítica ao famigerado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, acusando sua inconstitucionalidade:

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.732/DF**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 03 de junho de 2014. [s/p]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6400316>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁸¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. [s/p]. [E-Book]

⁸² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2018. [s/p]. [E-Book]

No constitucionalismo pós-moderno, que gravita em torno dos *direitos fundamentais*, não há como sustentar-se o antigo princípio da *supremacia do interesse público*, que partia da existência de uma *hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados*. Na verdade, tal relação constante não mais se suporta, porque no Estado Democrático de Direito, quaisquer interesses só podem estar *subordinados* ou *supraordinados*, uns aos outros, conforme o disponha a lei, mas esta, por sua vez, não poderá romper a *hierarquia axiológica constitucional* estabelecida em função do *primado da pessoa humana*, que se expressa nas *liberdades, direitos e garantias fundamentais*, e que poderá ser apenas e *excepcionalmente* temperado pela previsão de um *específico interesse público* que justifique *limitar* ou *condicionar* essas expressões indissociáveis das pessoas⁸³.

Para Di Pietro, aqueles que compreendem pela inconstitucionalidade do referido princípio, na realidade, o fazem porque atribuem ao mesmo, características que jamais foram suas. A autora enfatiza o engano daqueles que pensam que o referido princípio impõe uma automática e absoluta predominância do interesse público sobre o privado, pois será indispensável o exercício da ponderação entre os interesses envolvidos.

Em verdade, os que se opõem à aplicação do princípio da supremacia do interesse público partem de uma errônea interpretação de seu significado. Dão a ele uma generalização que jamais existiu, pois é evidente a impossibilidade de, em qualquer situação de conflito entre o público e o privado, fazer prevalecer o primeiro; se assim fosse, realmente não haveria como garantir os direitos individuais.

Mas também não se pode esquecer que não existe direito individual que possa ser exercido de forma ilimitada. Praticamente todos os direitos previstos na Constituição sofrem limitações que são impostas pelo ordenamento jurídico, precisamente para definir os seus contornos e impedir que o seu exercício se faça em prejuízo dos direitos dos demais cidadãos e da coletividade⁸⁴.

Di Pietro destaca que a satisfação do interesse público não atentará contra os direitos fundamentais individuais nas hipóteses em que o ato administrativo for praticado em conformidade os princípios norteadores do exercício da função administrativa, constantes no *caput* do artigo 37 da CRFB/88, tais como a legalidade, a razoabilidade, a publicidade e a moralidade administrativa.

O princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o Direito Administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Ele protege os direitos individuais⁸⁵.

Para dirimir qualquer confusão resultante da terminologia adotada, aparenta razoável a sugestão de Oliveira⁸⁶, no sentido da aplicação do princípio da finalidade pública, considerando-o mais coerente ao texto constitucional do que o princípio da supremacia do interesse público. A atuação do Poder Público, segundo Oliveira, “não pode ser pautada pela supremacia do interesse público, mas, sim, pela ponderação

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: Parte introdutória, Parte Geral, Parte Especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [s/p], grifos no original. [E-Book]

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [s/p]. [E-Book]

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [s/p]. [E-Book]

⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2018. [E-Book]

e máxima realização dos interesses envolvidos⁸⁷. Denota-se, conseqüentemente, sob a perspectiva do indivíduo, pela necessidade do ato administrativo ser praticado em conformidade com os princípios que regem a administração pública e com os direitos humanos e fundamentais que lhe são garantidos, os quais poderão sofrer gradações em sua amplitude, desde que de forma razoável, quando a situação concreta demandar sua ponderação com o interesse coletivo.

Atente-se que quando o ato administrativo for praticado ao arrepio das normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes, e violar o núcleo de determinado direito fundamental, se caracterizará como ilegal, ficando o ente público responsável pela reparação dos danos causados ao indivíduo, mesmo que tenha alcançado o interesse público visado – sua finalidade.

Urge, assim, a necessidade do intérprete, fundamentado também no princípio da função social da norma jurídica, constante no artigo 5º das Normas de Introdução do Direito Brasileiro (NIDB), proporcionar a máxima eficácia possível ao direito humano e fundamental violado em razão do ato administrativo ilegal, promovendo o bem comum e, portanto, a pacificação social⁸⁸.

Em situações de abusos praticados pelo Estado contra direitos fundamentais assegurados aos indivíduos, a tutela jurídica somente se revelará adequada, eficiente e razoável, caso a norma jurídica formada – resultante da interpretação jurisdicional dos enunciados normativos diante das circunstâncias apresentadas – proporcione a efetiva reparação dos danos causados, de modo a conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais violados.

Vale ressaltar que a reparação de danos resultantes de ofensa a direitos fundamentais tem a finalidade precípua de compensar o indivíduo pela situação injusta a que ele foi submetido. A ausência da possibilidade de efetiva reparação, além de privilegiar e estimular a perpetuação de comportamentos arbitrários por parte do Estado, deixa consolidada a deturpação do núcleo do direito ofendido.

Na hipótese de desapropriação indireta, mesmo com a afetação do imóvel a uma utilidade pública, ainda assim o ato será ilegal por contrariar princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, estampados no *caput* do artigo 37 da CRFB/88, além de macular o núcleo do direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada, tendo em vista o não pagamento da indenização correspondente.

Nesse sentido, não será adequada, eficiente e razoável, o emprego de interpretação jurisdicional extensiva na pretensão de beneficiar o Poder Público em ação de indenização por desapropriação indireta, nem mesmo sob o fundamento de que a conduta ilegal e lesiva visava atender – ou efetivamente atendeu – ao interesse público. Até porque existe um procedimento legalmente previsto para a efetivação de desapropriação (direta), cujas normas intentam assegurar, a um só tempo, a máxima efetividade do núcleo do direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada, e o atendimento ao interesse público previamente declarado para justificar a desapropriação de imóvel.

⁸⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2018. [E-Book]

⁸⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657** de 04 set. 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

Análise da divergência jurisprudencial acerca do prazo prescricional da ação de indenização por desapropriação indireta

No que diz respeito à desapropriação indireta, conforme já destacado anteriormente por meio da citação de precedente do Superior Tribunal de Justiça, trata-se de ato ilícito – afetação de imóvel de propriedade privada ao interesse público, sem o cumprimento do devido procedimento legal relativo à desapropriação –, que impedirá o proprietário de exercer plenamente os poderes que lhe foram garantidos pelo artigo 1.228 do CC/02 – uso, gozo, disponibilidade e reivindicação da coisa⁸⁹.

Uma vez atribuída utilidade pública ao imóvel esbulhado pelo Poder Público por meio da instalação das estruturas que se façam necessárias à prestação daquela, não poderá mais o proprietário exercer seus poderes de proprietário. Estará, então, caracterizada a desapropriação indireta, cabendo ao proprietário, em tal situação, ajuizar a respectiva ação indenizatória.

No que se refere à mencionada ação indenizatória, faz-se importante ressaltar a existência de divergência jurisprudencial no que concerne à definição do prazo prescricional aplicável.

Contudo, antes de tratar da aludida discrepância interpretativa, convém salientar que de acordo com Donizetti e Quintella, conceitua-se prescrição como a “*inércia do titular de um direito subjetivo por um certo lapso de tempo definido em lei, cuja consequência jurídica é o esvaziamento da eficácia da pretensão* – para outros autores, a consequência seria a extinção da pretensão⁹⁰”. Atente-se, pois, que em nome da pacificação social, a legislação estabelece para certas situações um prazo específico – prazo prescricional – para que determinada pessoa intente judicialmente a tutela de direito subjetivo ameaçado ou lesado.

Pertinente informar, inicialmente, o conteúdo da súmula 119 do Superior Tribunal de Justiça, elaborada ainda sob a vigência do Código Civil de 1.916: “A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos⁹¹”. Compreendeu-se, por analogia, que o prazo prescricional aplicável à ação de indenização por desapropriação indireta seria o mesmo previsto para aquisição da propriedade via usucapião extraordinária, que à época era de vinte anos.

Com o advento do CC/02, o prazo para a usucapião extraordinária foi reduzido para 15 anos (regra), passando-se para dez anos (exceção) caso o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou nele efetivado obras ou serviços de caráter produtivo. A regra e sua exceção constam expressas, respectivamente, no *caput* e parágrafo único do artigo 1.238 do aludido Código:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

⁸⁹ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406** de 10 jan. 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁹⁰ DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 208, grifos no original.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 119**. Órgão Julgador: Primeira Seção. 08 de novembro de 1994. [s/p]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_8_capSumula119.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo⁹².

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, firmou o entendimento de que o prazo prescricional à ação indenizatória aplicável seria de dez anos, consoante disposição contida no parágrafo único do dispositivo supramencionado. É o que se observa, por exemplo, em trecho da ementa do acórdão do Recurso Especial 1.300.442/SC, julgado em 18/06/2013 sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRAZO PRESCRICIONAL. AÇÃO DE NATUREZA REAL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 119/STJ. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. CÓDIGO CIVIL DE 2002. ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO. PRESCRIÇÃO DECENAL. REDUÇÃO DO PRAZO. ART. 2.028 DO CC/02. REGRA DE TRANSIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 27, §§ 1º E 3º, DO DL 3.365/1941.

1. A ação de desapropriação indireta possui natureza real e, enquanto não transcorrido o prazo para aquisição da propriedade por usucapião, ante a impossibilidade de reivindicar a coisa, subsiste a pretensão indenizatória em relação ao preço correspondente ao bem objeto do apossamento administrativo.
2. Com fundamento no art. 550 do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos” (Súmula 119/STJ).
3. O Código Civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 10 anos (art. 1.238, parágrafo único), na hipótese de realização de obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel, devendo-se, a partir de então, observadas as regras de transição previstas no Codex (art. 2.028), adotá-lo nas expropriatórias indiretas [...] ⁹³.

Por sua vez, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao se pronunciar sobre a questão, assentou a concepção de que o prazo prescricional é de 15 anos, conforme disposição contida no *caput* do artigo 1.238 do CC/02, haja vista que a exceção prevista no parágrafo único destina-se exclusivamente ao particular que estabelece moradia no imóvel ou nele efetiva obras ou serviços de caráter produtivo. Para exemplificar, cita-se adiante a ementa do Recurso Especial 1.300.702/SC, julgado em 15/09/2016, cuja relatoria – para formação do acórdão – foi exercida pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA PARA IMPLANTAÇÃO DE RODOVIA ASFALTADA. EMBARGOS ADMINISTRATIVOS OCORRIDO EM 1.994. DEMANDA AJUIZADA EM 2.006. UTILIZAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO ESTABELECIDA NO ART. 2.028 DO CC/2002 APLICANDO A MESMA LÓGICA JURÍDICA QUE ORIGINOU A SÚMULA 119/STJ, A REPARAÇÃO ORIUNDA DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA PRESCREVE EM 15 ANOS, NOS TERMOS DO ART. 1.238, CAPUT DO CC/2002. INAPLICÁVEIS AO PODER PÚBLICO AS HIPÓTESES DE REDUÇÃO DO PRAZO CONTIDAS NO PARAG. ÚNICO. BENEFÍCIO EXCLUSIVO DO PARTICULAR PARA FINS DE USUCAPIÃO. RESPEITOSA DIVERGÊNCIA AO EMINENTE RELATOR, PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL E FIXAR O ENTENDIMENTO QUE NAS AÇÕES

⁹² BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 jan. 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.300.442/SC**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Herman Benjamin. Data do Julgamento: 18 de junho de 2013. [s/p]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200026181&dt_publicacao=26/06/2013>. Acesso em: 26 dez. 2018.

DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA APLICA-SE O PRAZO PRESCRICIONAL DE 15 ANOS DETERMINADO NO CAPUT DO ART. 1.238 DO CC/2002⁹⁴.

A referida divergência é seguida pelos Tribunais Estaduais, ora adotando a orientação da Primeira Turma e outrora aquela sedimentada pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Pode-se mencionar, nesse sentido, a Apelação Cível 1.0024.12.064670-8/001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgada em 21/07/2015 sob a relatoria do Desembargador Arnaldo Maciel, em que se assinalou a aplicação do prazo de 15 anos.

ADMINISTRATIVO - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - APELAÇÃO CÍVEL - AGRAVO RETIDO NÃO RATIFICADO - NÃO CONHECIMENTO - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA - PRESCRIÇÃO - REGRA DE TRANSIÇÃO - ART. 2.028 DO CC/02 - NÃO OCORRÊNCIA - OCUPAÇÃO INCONTROVERSA - INDENIZAÇÃO - QUANTUM - PERÍCIA JUDICIAL - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - DECRETO-LEI 3.365/41 C/C §12 DO ART.100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - §§ 1º E 3º, II, DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41.

- O agravante deverá requerer, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, que o Tribunal conheça do agravado retido, sob pena de não conhecimento desse.

- Em ação de desapropriação indireta incide o prazo prescricional adotado para o usucapião extraordinário, porquanto cuida-se de matéria de natureza real, na medida em que versam, as causas de pedir, próxima e remota, sobre a perda da propriedade.

- Por aplicação do art. 2.028 do Código Civil de 2002 aplica-se, no caso concreto, o prazo prescricional de 15 anos previsto no art. 1.238 do CC/2002 [...] ⁹⁵.

Por sua vez, na Apelação Cível 1.0024.14.275903-4/001, também do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgada em 02/10/2017 sob a relatoria do Desembargador Paulo Balbino, empregou-se o prazo de dez anos.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - REGRA DE TRANSIÇÃO - CÓDIGO CIVIL DE 2002 - PRAZO PRESCRICIONAL DE DEZ ANOS - SENTENÇA MANTIDA.

- Na desapropriação indireta, a ação indenizatória tem natureza real, sujeitando-se ao prazo prescricional vintenário. Súmula 119, do Superior Tribunal de Justiça.

- No caso concreto, o prazo prescricional a ser aplicado é de 10 (dez) anos, conforme disposto pelo Código Civil de 2002, porquanto afetado pela disposição transitória prevista no artigo 2.028 do Código Civil de 2002 [...] ⁹⁶

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.300.702/SC**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Benedito Gonçalves. Relator para Acórdão: Napoleão Nunes Maia Filho. Data do Julgamento: 15 de setembro de 2016. [s/p]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200068389&dt_publicacao=13/10/2016>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁹⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.12.064670-8/001**. Órgão Julgador: 18ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Arnaldo Maciel. Data do Julgamento: 21 de julho de 2015. [s/p]. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0024.12.064670-8/001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.14.275903-4/001**. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Paulo Balbino. Data do Julgamento: 21 de setembro de 2017. [s/p]. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=DD3F75CAAFBE095434EEB4D158C664AD.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.14.275903-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 26 dez. 2018.

Denota-se, portanto, pela existência de relevante divergência que precisa ser solucionada a fim de garantir aos indivíduos segurança jurídica em relação à reparação da perda de sua propriedade em razão de desapropriação indireta, prezando, assim, pela prestação adequada e coerente da tutela jurisdicional. Seria oportuna a formação de um precedente obrigatório, nos moldes do artigo 976 e seguintes do CPC, cuja tese jurídica elucidaria a dúvida acerca da matéria, que é unicamente de direito⁹⁷.

Ao aplicar à ação de indenização por desapropriação indireta o prazo prescricional de dez anos, em consonância com o parágrafo único do artigo 1.238 do CC/02, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça promoveu uma interpretação extensiva de norma excepcional. Tal visão beneficia o ente público responsável pela prática do ato ilícito e lesivo ao direito humano e fundamental à inviolabilidade à propriedade privada, assegurado ao proprietário do imóvel esbulhado.

Diferentemente, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela aplicação do prazo de 15 anos previsto no *caput* do artigo 1.238 do CC/02. Asseverou que o prazo previsto no parágrafo único não poderia ser aplicado por analogia à ação indenização por desapropriação indireta, uma vez que se trata de exceção prevista com a finalidade explícita de favorecer grupos de indivíduos (particulares) que ocuparem o imóvel e nele estabelecerem sua moradia ou realizarem obras ou serviços de caráter produtivo. Assim, compreendeu-se pelo não cabimento da interpretação extensiva da referida norma excepcional, o que favoreceria o ente público que praticou o ato ilícito e lesivo.

Nas linhas que se seguem explicitar-se-ão os motivos pelos quais se revela mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro, o acolhimento da tese segundo a qual o prazo prescricional para a propositura da ação indenizatória é de 15 anos, em conformidade com o posicionamento encampado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Sob a perspectiva exposta, convém realçar que o procedimento de desapropriação (direta/legal) pode ocorrer por razões de utilidade pública ou de interesse social. Na primeira hipótese – utilidade pública, já abrangendo a necessidade pública – o imóvel será ocupado pelo próprio ente público na pretensão de atender ao interesse público geral. Diferentemente, no segundo caso – interesse social – a desapropriação direta se faz no interesse de determinados grupos, cujos indivíduos irão ocupar o imóvel.

As afirmações realizadas no parágrafo anterior, atinentes à desapropriação por interesse social, são confirmadas pelo artigo 1º da Lei 4.132/62 – em vigor –, que diz o seguinte: “A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal⁹⁸”. Por sua vez, o artigo 147 da Constituição Brasileira de 1.946 – a Lei 4.132/62 foi publicada no período de sua vigência – dispunha que “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos⁹⁹”.

⁹⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105** de 16 mar. 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 4.132** de 10 set. 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 nov. 1962. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4132.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁹⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** de 1946. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 set. 1946. [s/p]. Disponível

Contudo, se por ventura indivíduos de um determinado grupo vierem a ocupar um imóvel durante certo período de tempo, definido em lei, eles adquirirão sua propriedade em razão da usucapião. Não será possível, nesse caso, a caracterização de desapropriação indireta, uma vez que esta somente ocorre quando o esbulho for praticado pelo próprio Poder Público.

Desse modo, infere-se que somente ocorrerá desapropriação indireta caso a ocupação do imóvel seja realizada diretamente pelo Poder Público, com a posterior instalação das estruturas indispensáveis ao atendimento de determinada utilidade pública, ou seja, visando atender ao interesse público em geral, e não de um grupo específico – como ocorre na desapropriação (direta) por interesse social.

Ressalte-se, aliás, que as situações que possibilitam a redução do prazo da usucapião – estabelecimento de moradia habitual ou realização de obras ou serviços de caráter produtivo –, previstas no parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil de 2002, estão classificadas como sendo interesse social nos incisos I, III, IV e V do artigo 2º da Lei 4.132/62:

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I – o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

III – o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V – a construção de casa populares¹⁰⁰.

Conforme salientado no tópico anterior, o interesse público não possui supremacia automática perante direitos fundamentais individuais e, no caso da desapropriação indireta, por se tratar de ato ilícito e lesivo, não se revela coerente a interpretação jurisdicional que favorece o ente público que se apossou ilegalmente de imóvel para nele estabelecer obras e/ou serviços de utilidade pública, ao arrepio dos direitos fundamentais assegurados ao proprietário do imóvel – sem o pagamento da prévia e justa indenização em dinheiro, em consonância com o procedimento previsto para efetivação de desapropriação (direta).

Não é razoável que o intérprete, diante de uma ação de indenização por desapropriação indireta, isto é, decorrente de esbulho possessório de propriedade privada e de sua posterior afetação a uma utilidade pública a despeito do procedimento legal, confira interpretação ampliativa à exceção prevista no parágrafo único do artigo 1.238 do CC/02, destinada apenas a particulares, beneficiando o ente público com a redução do prazo prescricional para cobrança da indenização de 15 para dez anos.

No parágrafo único do artigo 1.238 do CC/02, o legislador reduziu para dez anos, em caráter excepcional, o prazo da usucapião extraordinária. Intentou, com isso, favorecer especificamente grupos sociais cujos indivíduos tenham estabelecido moradia em imóvel de propriedade alheia, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei nº 4.132** de 10 set. 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 nov. 1962. [s/p]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4132.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

São relevantes, nesse sentido, as considerações de Loureiro, que qualificou a hipótese excepcional como usucapião de posse-trabalho, indicando claramente sua configuração em benefício exclusivo de particulares:

Usucapião de posse-trabalho: Finalmente, o parágrafo único do art. 1.238 do CC dispõe que o prazo se reduz a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele tenha realizado obras ou serviços de caráter produtivo [...]. O legislador, em tal caso, encurta o prazo da usucapião, como estímulo à conduta socialmente relevante do possuidor. Os requisitos adicionais da posse-trabalho, consistentes na moradia ou realização de investimentos e serviços de caráter produtivo, são alternativos e não cumulativos. Um ou outro atendem à função social da posse¹⁰¹.

Em situações nas quais se fez necessário interpretar norma excepcional, o Superior Tribunal de Justiça assinalou a necessidade de fazê-lo de forma restritiva. É o que se observa, por exemplo, no Informativo de Jurisprudência nº 0509 de 05 de dezembro de 2012, formado a partir da ementa do Recurso Especial nº 1.074.838/SP, julgado em 23/10/2012 sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Na ocasião, conferiu-se interpretação restritiva às hipóteses excepcionais à regra de impenhorabilidade do bem de família, constantes no artigo 3º da Lei 8.009/90¹⁰².

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE SUAS EXCEÇÕES.

[...]

A Lei 8.009/90 institui a impenhorabilidade do bem de família como instrumento de tutela do direito fundamental à moradia da família e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para uma vida digna. Por ostentar esta legislação natureza excepcional, é insuscetível de interpretação extensiva, não se podendo presumir as exceções previstas em seu art. 3º¹⁰³.

A compreensão quanto à interpretação restritiva de normas excepcionais também está sedimentada no Supremo Tribunal Federal, como se observa no voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que atuou como relator na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, julgada em 03/05/2018. Na oportunidade, esclareceu que as normas atinentes ao foro privilegiado são excepcionais, devendo ser interpretadas restritivamente, razão pela qual não seria possível estendê-las àqueles que praticaram crimes antes de sua investidura em cargo público, ou também em relação aos crimes que não tenham relação com o exercício funcional e que tenham sido praticados após a investidura¹⁰⁴.

Significa, portanto, que a tutela jurídica não será adequada, razoável e eficiente, em caso de interpretação extensiva de norma excepcional, em especial quando esta promover uma relativização de

¹⁰¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. O Direito das Coisas. In: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de [et al] (Coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 12ª ed., rev. e atual. – Barueri: Manole, 2018. p. 1163-1164.

¹⁰² BRASIL. **Lei nº 8.009** de 29 mar. 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 mar. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8009.htm>. Acesso em: 26 dez. 2018.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 0509**. Período: 05 de novembro de 2012. [s/p], grifos no original. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/MG**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Data do Julgamento: 03 de maio de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

direito humano e fundamental, mesmo que na pretensão de atender ao interesse público – como é o caso do parágrafo único do artigo 1.238 do CC/02, que ao reduzir o prazo para que o possuidor adquira a propriedade de imóvel via usucapião, relativizou um pouco mais o direito à propriedade privada do proprietário, em prol da função social do imóvel.

Conforme já salientado no tópico anterior, a atuação do intérprete está vinculada à máxima satisfação possível dos direitos fundamentais, a teor das circunstâncias do caso concreto. Vale destacar nesse contexto, as considerações de Branco:

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte.

A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível¹⁰⁵.

Nesse viés, às ações de indenização por desapropriação indireta deve-se aplicar o prazo prescricional de 15 anos previsto no *caput* do artigo 1.238 do CC/02. Não é razoável a aplicação do prazo excepcional de dez anos previsto no parágrafo único, o qual deve ser destinado unicamente a particulares que ocuparem o imóvel e nele estabelecerem moradia ou obras ou serviços de caráter produtivo, adquirindo a propriedade por intermédio do instituto da usucapião.

Concepção distinta – tal como aquela adotada pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – não se revela coerente ao ordenamento jurídico e não atende à função social da norma jurídica, por conferir interpretação extensiva à norma excepcional e, simultaneamente, contemplar o ato ilícito praticado pelo ente público, que deliberadamente deixou de observar o procedimento legal relativo à desapropriação (direta), formulado na pretensão de compatibilizar o interesse público ao interesse privado.

De forma evidente, é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro a interpretação jurisdicional que aplica o prazo prescricional excepcional de dez anos às ações de indenização por desapropriação indireta, de modo a reduzir a possibilidade de reparação pela violação ao núcleo do direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada. Tal posicionamento também contraria o direito fundamental ao acesso à justiça – tutela jurisdicional adequada, efetiva, razoável e tempestiva –, por não conferir a máxima eficácia possível ao aludido direito fundamental.

Considerações finais

Devido sua relevância à autodeterminação individual e à fruição de uma vida digna, a inviolabilidade da propriedade privada foi alçada ao patamar de direito humano, com relevância no âmbito do direito internacional. Foi qualificada como direito fundamental pelo texto constitucional brasileiro, o qual, no

¹⁰⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (Coord.). **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 132.

entanto, exigiu sua compatibilização com o interesse público, atribuindo ao proprietário o dever de conferir à sua propriedade uma função social.

No caso dos imóveis urbanos, entretanto, mesmo quando se observa o cumprimento de sua função social por sua adequada utilização pelo proprietário, ainda poderão ser objeto de intervenções por parte do Poder Público. Nesse contexto, é viável ao ente público adquirir a propriedade do imóvel mediante sua desapropriação (direta), seguindo um procedimento legalmente previsto, visando atender ao interesse público geral ou de determinados grupos sociais – desapropriação por utilidade pública (conceito no qual se compreende a necessidade pública) ou interesse social, respectivamente.

Um dos requisitos para a efetivação da desapropriação (direta) é o prévio pagamento de indenização em dinheiro no caso de imóveis urbanos, ou em títulos da dívida agrária em relação aos imóveis rurais que não estiverem cumprindo com sua função social. Se o Poder Público ocupar o imóvel privado e nele instalar as estruturas necessárias ao atendimento de determinada utilidade pública, em atenção ao interesse público geral, sem o prévio pagamento da indenização correspondente, estará praticando ato ilícito e lesivo ao núcleo do direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada. Contudo, devido ao interesse público envolvido, não poderá mais o proprietário pleitear por sua reintegração ou reivindicação, estando configurada a desapropriação indireta de seu imóvel. Nesse caso, cabe-lhe pleitear judicialmente o pagamento da indenização correspondente, sendo que a sentença prolatada pelo juízo também determinará a transferência da propriedade em favor do ente público que praticou o esbulho possessório.

A possibilidade de reparação à violação injusta da propriedade privada é essencial à recomposição do núcleo de tal direito humano e fundamental, além de evitar o enriquecimento sem causa por parte do Poder Público responsável pelo ato ilícito e lesivo. Por essa razão, torna-se de suma relevância a definição do prazo prescricional aplicável à ação de indenização por desapropriação indireta de propriedade imóvel.

No que concerne à questão em análise, atualmente existe significativa divergência jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ora aplicando o prazo de 15 anos previsto no *caput* do artigo 1.238 do CC/02, outrora o prazo excepcional de dez anos constante no parágrafo único do dispositivo mencionado.

Revela-se mais coerente ao ordenamento jurídico brasileiro, que o intérprete aplique à ação de indenização por desapropriação indireta o prazo prescricional de 15 anos, com base nos seguintes fundamentos:

- (a) as situações que autorizam a aplicação do prazo excepcional de usucapião extraordinária, constantes no parágrafo único do artigo 1.238 do CC/02, só podem ser desempenhadas pelo particular, jamais pelo Poder Público;
- (b) se determinado imóvel for ocupado por indivíduos pertencentes a determinado grupo social, como ocorre nas hipóteses descritas no parágrafo único do artigo 1.238 do CC/02, sua propriedade poderá ser adquirida por meio da usucapião, não sendo possível a configuração da desapropriação indireta, a qual só estará caracterizada quando o imóvel for esbulhado pelo próprio Poder Público mediante a instalação das estruturas necessárias a determinada utilidade pública, em atenção ao interesse público geral;
- (c) impossibilidade de interpretação extensiva de normas excepcionais, como é o caso do parágrafo único do artigo 1.238 do CC/02;

(d) a redução do prazo prescricional de 15 anos para dez anos, mediante interpretação extensiva de norma excepcional, reduz a possibilidade de efetiva reparação do dano causado ao núcleo do direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada, não conferindo ao mesmo a máxima eficácia constitucionalmente exigida;

(e) a interpretação extensiva da norma excepcional contida no parágrafo único do artigo 1.238 do CC/02, em caso de desapropriação indireta, estimula a repetição do ato ilícito e lesivo praticado pelo Poder Público em desrespeito ao direito humano e fundamental à inviolabilidade da propriedade privada.

Referências

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. A função social na experiência brasileira e seu impacto na resignificação da liberdade contratual nos 30 anos da CF/88. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade – REDES**, Canoas, v. 6, n. 2, p. 125-136, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdes. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARAÚJO, Giselle Marques de. Função ambiental da propriedade: uma proposta conceitual. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 251-276, 2017.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 781-791, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [E-Book].

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coord.). **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [E-Book]

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. O Direito das Coisas. *In*: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de [et al] (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 12ª ed., rev. e atual. – Barueri: Manole, 2018.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32 ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016. [E-Book]

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte**

especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [E-Book]

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2018. [E-Book]

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [E-Book]

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [E-Book]