

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da

Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-082-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :

Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górdico da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar e fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

A JUSTA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO E A ENCRIPTAÇÃO DO SEU SIGNIFICADO NA CONSTITUIÇÃO

FAIR COMPENSATION IN THE EXPROPRIATION AND ENCRYPTION OF ITS MEANING IN CONSTITUTION

**Beatriz Lima Souza
Marinella Machado Araújo**

Resumo

O artigo analisa a Teoria Crítica Constitucional proposta por Gabriel Méndez Hincapíe e Ricardo Sanín Restrepo, principalmente no que tange a encriptação da Constituição e a sua aplicabilidade no direito administrativo, através da análise dos critérios utilizados para a fixação da justa indenização na desapropriação. Será visto que apesar da Constituição determinar que todo o direito deve ser aplicado de forma sustentável, há uma encriptação do termo justa indenização que faz com que o imóvel somente seja avaliado pelo seu valor econômico. Ao final será observado que a força econômica da propriedade é um dos principais fatores para o encriptamento da justa indenização na desapropriação.

Palavras-chave: Constituição encriptada, Justa indenização, Desapropriação

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyzes the proposed Constitutional Theory Criticism by Gabriel Méndez Hincapie and Ricardo Sanin Restrepo, especially in regard to encryption the Constitution and its applicability in administrative law, through the analysis of the criteria used for fixing the just compensation in expropriation. It will be seen that although the Constitution determines that all law must be applied in a sustainable way, there is an encryption fair compensation term that causes the property to be valued only for its economic value. At the end it will be observed that the economic strength of the property is a major factor for the encrypting of fair compensation in expropriation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Encrypted constitution, Fair compensation, Expropriation

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar como o direito, através da sua Constituição, encripta o significado da justa indenização na desapropriação. O termo constituição encriptada é utilizado Gabriel Méndez Hincapíe e Ricardo Sanín Restrepo em seu texto *La Constitución Encriptada – Nuevas formas de emancipación del poder global* (2012), no qual os autores discorrem sobre a forma manipuladora que o direito garante os interesses do mercado em detrimento das próprias garantias consagradas na Constituição.

Através do estudo do fenômeno da encriptação da constituição será denunciado o paradoxo existente, pois apesar da Constituição determinar que toda propriedade está submetida a sua função social e que o desenvolvimento sustentável deve ser algo a ser prosseguido por todos, a força econômica da propriedade faz com que esses direitos não sejam realmente efetivados.

Para tanto, primeiramente serão analisadas as ideias desenvolvidas por Gabriel Méndez Hincapíe e Ricardo Sanín Restrepo no intuito de compreender o que é a constituição encriptada.

Após, para verificar a aplicabilidade da teoria apresentada e se há de fato a encriptação de direitos, será analisado o critério de avaliação utilizado pela doutrina e jurisprudência para se quantificar a justa indenização de propriedades urbanas¹ que são desapropriadas e as consequências de tal forma de avaliação, não só na formação do preço do imóvel, mas também nos demais institutos jurídicos que existem em nosso ordenamento e que visam a recuperação dos investimentos gastos pela administração pública com a desapropriação.

Ao final, serão confirmadas as críticas levantadas por Ricardo Sanin Restrepo e Gabriel Mendes Hincapie, uma vez que através o estudo dos critérios de indenização na desapropriação pode-se verificar a encriptação de direitos.

2. A CONSTITUIÇÃO ENCRYPTADA

Para se analisar a encriptação dos direitos à propriedade, ao meio ambiente, e consequentemente a cidades sustentáveis, em razão dos critérios utilizados pela doutrina e jurisprudência, para se quantificar o valor da justa indenização nas ações de desapropriação, se

¹ Por questões metodológica,s o presente artigo somente tratará da desapropriação de imóveis urbanos.

faz necessário, primeiramente, entender a ideia de Constituição Encriptada proposta por Gabriel Mendes Hincapíe e Ricardo Sanin Restrepo (2012).

2.1 O contexto fático e histórico da constituição encriptada

Pautados nos estudos de diversos filósofos contemporâneos como Hardt, Negri, Meiksins-Wood, Zizek, os autores Gabriel Mendes Hincapíe e Ricardo Sanin Restrepo (2012) denunciam que as relações de dominação econômica e política existentes são legitimadas pelo direito.

Isso porque, a ideia de soberania dos estados nacionais, serve apenas para legitimar a verdadeira soberania do sistema econômico. Sanin e Hincapíe (2012) utilizam das ideias de Hardt e Negri ao apontarem que a soberania hoje, faz parte de um sistema invisível de dominação, que se esconde por trás das velhas estruturas de estado-nação.

Assim, estamos diante de uma soberania porosa (2012), que transparece a imagem democracia, de garantir os direitos humanos e fundamentais, quando na verdade as ações a serem desenvolvidas pelo Estado visam cada vez mais à concretização dos interesses econômicos (na maioria das vezes supranacionais).

O Império, assim denominado por Hardt e Negri (2005) é invisível e se utiliza das estruturas existentes para dar a falsa ideia de que vivemos em um estado democrático.

Nesse contexto, o liberalismo aparece como mecanismo que impede a democracia e elimina qualquer condição que possa ameaçar o capitalismo. Segundo Hardt e Negri (2012) a supressão da democracia pode ser percebida de três formas: pela intensa e progressiva privatização do público, pela permanente despolitização dos conflitos sociais e pela promessa falida da inclusão democrática.

A privatização do público se dá pela submissão das políticas de governo e do próprio direito ao sistema econômico. O direito tem sua eficácia determinada pelos interesses de mercado. Assim, seu papel pode ser traduzido pela criação de leis que coagem os indivíduos ou na falta de ação, em ambos os casos a postura adotada visa garantir as leis do mercado.

A despolitização dos conflitos sociais reduz tais conflitos a um simples problema de tolerância cultural, ignorando o aspecto de injustiça e opressão existentes em decorrência das diferenças e desigualdades sociais.

A promessa falida da inclusão democrática, diz respeito à tentativa de se homogeneizar o “ser”. Assim, a minoria que não faz parte do sistema, vive excluída, sob a falsa impressão de estar protegido pelos direitos humanos.

Ao ignorar as diferenças e a intersubjetividade do “ser”, bem como a sua necessidade de buscar reconhecimento através de conflitos sociais e políticos, o sistema elimina qualquer possibilidade inclusão ou de identificação das minorias.

Todavia, tal exclusão se mostra de forma velada, uma vez que o direito legitima, na teoria, o direito das minorias. O preconceito contra o negro, o pobre, o homossexual, nunca é aparente e muitas vezes sequer é consciente.

De acordo com as ideias apresentadas por Sanin e Hincapíe (2012), o modelo de império descrito por Hardt e Negri, tem suas raízes no constitucionalismo norte americano. O eurocentrismo é substituído pela ascensão dos Estados Unidos como novo centro gravitacional e hegemônico do capital. A doutrina constitucional norte americana, através de suas discussões ideológicas, postas na coletânea de artigos conhecida como “O Federalista”, descrevem um novo regime de República através democracia representativa.

Com a promulgação da Constituição Norte Americana, de 1787, supera-se o modelo europeu e sua forma clássica de colonialismo. Diferentemente deste, em que a constituição é posterior à formação do Estado, no modelo norte americano a promulgação da Constituição cria a ilusão de originar o Estado. Com a institucionalização do Estado e do povo, a uma perda da importância do poder constituinte, em prol da soberania do poder constituído.

Assim, para Sanin e Hincapíe (2012) um dos grandes problemas da promulgação da Constituição dos Estados Unidos foi à importância dada ao poder constituído em detrimento ao poder constituinte. Ao se limitar o poder constituinte, limita-se a democracia. Como consequência desse fenômeno verifica-se a judicialização do político, com a retirada do poder de decisão e ação do povo.

El lugar por excelencia donde ocurre la neutralización de la democracia es en la judicialización de los conflictos políticos a partir de las jerarquías judiciales concentradas em los fallos de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. (HINCAPÍE, RESTREPO, 2012, p.11)

Com a judicialização dos conflitos a democracia perde sua força, inibindo e neutralizado os direitos das minorias, sob o discurso perverso de se estar garantindo exatamente o contrário. Assim, nos vemos frente a uma democracia simbólica que tem como objetivo manter a supremacia dos interesses econômicos, através da privatização do público, da despolitização do conflito e da promessa falida da inclusão democrática.

2.2 O significado de constituição encriptada

O encriptamento da Constituição, conforme já acima destacado, tem sua origem no sistema norte americano e de acordo com Sanin e Hincapíe (2012) grande parte desse fenômeno se dá pela supremacia do judiciário que tem sua origem no precedente americano *Marbory vs. Madison*².

A partir desse julgado, o direito foi transformando o conteúdo político da Constituição em técnico jurídico. Assim, os direitos garantidos na Constituição passam a necessitar de interpretação, que só pode ser realizada pelos operadores do direito.

A Constituição se torna um documento jurídico e, não, democrático, isto é passível de interpretação por todos. Os direitos precisam ser interpretados pelos juízes, ministros, enfim, pelo judiciário que se pauta na maioria das vezes em doutrinas que servem para retroalimentar esse sistema.

La elevación artificial del lenguaje de una constitución política a un lenguaje de expertos que evite la interacción política directa, fruste las transformaciones populares e invisibilize la democracia es simplemente un paso firme de una ambiciosa agenda que se extiende históricamente y se perfecciona en las constituciones contemporáneas. (HINCAPIÉ, RESTREPO, 2012, p.12)

Uma parte da Constituição garante direitos à sociedade. Assim, os princípios estão dispostos e podem ser reconhecidos por todos. No Brasil, tais direitos encontram-se postos no art. 5º da Constituição da República de 1988, que consta inclusive, em seu inciso XXIV, o direito constitucional ao pagamento de justa indenização na desapropriação.

São normas abertas, que garantem direitos de forma ampla para todo o povo e tem como objetivo garantir a isonomia dos seus cidadãos.

Todavia, essa parte transparente da Constituição acaba por possibilitar e reforçar seu encriptamento, uma vez que a efetivação de tais direitos somente é possível através da interpretação e atuação do judiciário. Isso porque, seguimos o modelo norte americano em que os direitos são garantidos pelo judiciário.

Não há espaço para discussões públicas, para se ouvir a população e suas reivindicações. A forma de se interpretar a Constituição é complexa e só pode ser realizada pelo judiciário.

² Trata-se de julgamento realizado pela Suprema Corte Americana, em 1803, em que esta reconheceu a inconstitucionalidade de Lei Federal. Citado precedente é tido como referencia como controle de constitucionalidade difuso pelo judiciário.

Para Sanin e Hincapíe (2012) a encriptação do poder necessita da existência de grupo que seja responsável pela sua encriptação, ou seja, que tenha o conhecimento técnico e específico dos procedimentos e outro grupo que não o tenha.

Toda essa encriptação não se dá de forma desvelada, pelo contrário, tem-se a ideia de um sistema transparente, em que há espaço para o pluralismo e participação de todos, passando, assim, uma falsa ideia de legitimidade.

A encriptação camufla decisões ideológicas através de uma linguagem técnica que só pode ser entendida por especialistas. As decisões do judiciário se blindam da opinião popular e de discussões democráticas, legitimando a privatização da política e do direito.

Cria-se a falsa crença de que só quem tem o conhecimento pode resolver as questões complexas de nossa sociedade, o povo não se sente capaz de discutir e questionar. É excluído pela sua falta de conhecimento e somente uma casta social se vê efetivamente inserida e reconhecida dentro do sistema.

Enfim, através da falsa ideia de que os direitos postos na Constituição irão garantir a inclusão, participação e democracia, vivencia-se exatamente o contrário. Valorizamos de forma exacerbada o conhecimento científico e quem os detém, excluimos aqueles que se encontram marginalizados pelo sistema.

Somente reconhecemos como aptos para manifestarem aqueles que detenham o conhecimento, descredenciando qualquer discurso que não seja científico. Dessa forma, somente aqueles que encriptaram a Constituição estão aptos para interpreta-la, retroalimentado, assim, a encriptação dos direitos. A academia, a doutrina e o judiciário por sua vez, legitimam esse sistema reafirmando a elevação do conhecimento jurídico.

A encriptação da Constituição torna possível a distorção do significado de democracia. Acredita-se que apenas poucos têm a capacidade de governar, dissociando a premissa democrática de que quem governa deve ser governado.

2.3 A democracia como solução

De acordo com Sanin e Hincapíe (2012) a democracia é uma ameaça constante da falsa ideia da legitimidade jurídica do capitalismo e suas formas de dominação. Se pautam, para tanto, nos estudos realizados pelo filósofo esloveno Slavoj Zizek que demonstra a existência de quatro antagonismos centrais no capitalismo do século XXI que trazem à tona a necessidade democrática como forma de combater as estruturas hegemônicas da tradição moderna.

Assim, destacam os antagonismos (i) ecológico, em que o capitalismo, através do sistema jurídico, legitima a destruição da natureza e seus recursos; (ii) dos avanços inusitados na tecnologia e na ciência, que através de estudos genéticos busca criar forças ideais para o trabalho; (iii) das novas formas de propriedade intelectual em que se permite a apropriação privada dos costumes, cultura, explorando todas as formas do saber cognitivo; e, por último (iv) dos incluídos com os excluídos, evidenciado por novas técnicas para a perpetuação desse processo. Somente reconhecendo este último antagonismo é que se explica os três primeiros. Essa dicotomia incluídos e excluídos se apresenta como uma falência do sistema jurídico, que legitima a existência de um sistema que somente reconhece parte de um povo.

O capitalismo tenta unir a ideia de democracia com os imperativos do capital. Assim, temos a falsa impressão de que a democracia depende do capitalismo para existir. Desde os ensinamentos de Locke há uma correlação da propriedade privada com a democracia. A partir daí toda guerra, invasão, dominação vem sendo feita em nome da “democracia”.

Vemo-nos diante de um sistema falido, que se esconde por trás de direitos humanos, voto universal, separação dos poderes, mas que somente é válido para parcela da população, excluindo aqueles que não atendem as necessidades do capitalismo.

O sistema democrático atual é uma das bases para o encriptamento da Constituição, uma vez que a democracia representativa representa apenas os direitos daqueles que são reconhecidos. Dessa forma, reproduzimos um modelo constante de exclusão e dominação.

Por essa razão, os autores (2012) no final do texto apontam como uma possível solução para o desencriptamento da Constituição é a democracia radical, na qual o povo deixa de ser uma abstração ou o antagonismo entre excluídos e incluídos.

Dessa forma, somente “una verdadera democratización de los bienes comunes de la cultura elimina por substracción de materia la encriptación de la constitución y demás lenguages.” (2012)

Estamos diante de um problema estrutural, a base na qual o direito se funda corrobora para a manutenção de exclusões.

3. OS EFEITOS DE UMA CONSTITUIÇÃO ENCRIPADA

A fim de verificar a teoria acima apresentada e suas consequências práticas no direito, serão analisados os critérios utilizados pela doutrina e pelos tribunais (operadores do direito) para a fixação da justa indenização na desapropriação.

A escolha do tema desapropriação se deu pela sua relevância no direito público, por ser um forte instrumento para a concretização da função social da propriedade, estando inclusive disposto na Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) como instrumento de política urbana (art. 4º, inciso V, alínea a).

Assim, considerando que o instituto da desapropriação é instrumento para concretização da cidade sustentável, do direito a moradia e preservação do meio ambiente, deve-se analisar um de seus pontos polêmicos, que é a fixação da justa indenização, para verificar se há efetivamente a garantia de tais direitos ou a sua encriptação.

A Constituição de 1988 garante, em seu art. 5º, XXIV, a justa indenização na desapropriação. Conforme dispõe citado texto constitucional, não se trata de mera indenização, mas, sim, de justa indenização que é dada em contrapartida ao expropriado pela perda de sua propriedade.

De acordo com o entendimento majoritário da doutrina administrativista³ o significado de justa indenização na desapropriação, disposto na Constituição de 1988, deve ser entendido como reparação total à lesão patrimonial sofrida pelo expropriado. Nesse sentido destaca o professor Celso Antonio Bandeira Melo:

Indenização justa, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum ao seu patrimônio. Indenização justa é aquela que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento. (MELO, 2006)

Partindo dessa visão de reparação financeira exata da perda sofrida pelo expropriado, a doutrina entende que o valor da justa indenização deve ser encontrado, quando possível, através do valor de mercado do bem.

Os tribunais, acompanhando o entendimento da doutrina, ao julgarem ações de desapropriação, arbitram, como justa indenização, o valor encontrado na perícia realizada, que por sua vez, se pauta na avaliação de mercado.

Dessa forma, são ignoradas questões ambientais, sociais, culturais e espaciais (no sentido de organização do solo urbano) no momento de se fixar a justa indenização.

³ Nesse sentido podemos citar: Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009), Carlos Pinto Coelho Motta (2004), Celso Ribeiro Bastos (1999), Maria Silvia Zanella di Pietro (2011), Manoel de Oliveria Franco Sobrinho (1979), Diógenes Gasparini (2005), José dos Santos Carvalho Filho (2011), Fernanda Marinela (2012), Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2007) e Odete Medauar (2011).

Nesse sentido, merecem destaque as observações feitas por Emilio Haddad e Cacilda Lopes dos Santos:

De fato, grande parte da dificuldade de aplicação do instituto da desapropriação está fundada no fato da lei brasileira descrever somente aspectos formais, ou seja, procedimentais, relativos à avaliação que deve estar contida nos laudos judiciais. Assim, o Código de Processo Civil, em seus artigos 421 e seguinte, descreve apenas questões meramente formais relativas à nomeação de peritos, seus assistentes, sua substituição e prazos para apresentação do laudo em juízo.

Com base nesses valores fixados na perícia, que não costumam sofrer nenhum questionamento por parte do Poder Judiciário, são aplicados juros moratórios, compensatórios e correção monetária, elementos que, somados, totalizam o valor final da indenização. Assim, a despeito de se questionar a incidência das taxas de juros sobre o valor arbitrado pela perícia, o problema maior tem sido se conhecer que caminhos foram percorridos pelos peritos para se atribuir o valor à propriedade. (HADDAD; SANTOS, 2009)

Assim, o significado de justa indenização é equiparado ao mesmo significado de indenização no direito civil, encriptando, dessa forma, o disposto no texto constitucional.

A Constituição em seu art. 5, XXIV garante o pagamento de justa indenização, todavia, na prática tal premissa não é concretizada.

Dessa forma, é preciso que haja uma mudança no modo de interpretação do significado de justa indenização na desapropriação, para que este seja visto de forma sustentável, integrada, plural e participativa, ou seja, em consonância com os direitos e garantias constitucionais.

Sendo assim, afastando-se do enfoque abstrato e formal dado pela doutrina tradicional ao instituto da desapropriação, e diante dos fundamentos supramencionados, faz sentido dizer que os seus elementos conceituais devem, a rigor, ser interpretados à luz das normas constitucionais e infraconstitucionais que tutelam interesses coletivos, como o atendimento à função social da propriedade e da cidade, a recuperação dos investimentos públicos de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos e a justa distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização, sendo legítima, portanto, a consideração de estabelecerem-se tratamentos distintos a situações que envolvem diferentes categorias de proprietários, para aferição do montante a ser pago a título de justa indenização pela perda do bem. (LIMA, FILHO, 2009)

Para tanto, é preciso que o significado de justa indenização na desapropriação seja construído a partir do caso concreto, observando as particularidades existentes em cada situação. Outras questões, além do valor econômico do bem, devem ser levadas em consideração no momento da fixação da justa indenização.

É importante destacar que ainda que a justa indenização se expresse em dinheiro, esta não deve se constituir apenas de uma avaliação econômica.

A não fixação de justa indenização de forma sustentável é uma forma de encriptação dos direitos a cidade sustentável, a moradia, ao meio ambiente e a própria sociedade, uma vez

que o instrumento posto na Constituição possui apenas a função simbólica de garantir tais direitos.

A prevalência da avaliação do bem imóvel apenas pelo seu conteúdo econômico, que na maioria das vezes se reduz ao valor de mercado, é um exemplo claro, conforme destacado por Sanin e Hincapíe (2012), dos antagonismos existentes em nosso país que mantem a encriptação da Constituição. A existência do paradoxo acima enunciado ocorre através de conceitos universais do direito, que surgem a partir de ideias/significados particulares que são universalizados para todo o direito.

Apesar de todo o reconhecimento da importância e da necessidade de uma aplicação sustentável do direito, as forças do mercado, decorrentes do sistema capitalista, fazem com que os operadores do direito (estando aqui incluídos tanto os seus doutrinadores, quanto os seus aplicadores) restrinjam, dos vários sentidos de justiça possíveis de serem significados, a partir do disposto no art. 5º, XXIV, da CR, a uma perspectiva exclusivamente econômica.

Esse fenômeno produzido através da universalização de significados e faz com que uma das perspectivas de um instituto seja considerada como o todo. Assim, no caso da justa indenização na desapropriação, percebe-se que das inúmeras dimensões que o signo “justo” deve apresentar, somente a dimensão econômica é considerada e partir dela o termo justo é universalizado, como reparação econômica do patrimônio do expropriado.

Gabriel Mendes Hincapíe e Ricardo Sanin Restrepo (2012), explicam que este é um mecanismo utilizado pelo mercado, como forma de legitimar a supremacia do sistema econômico.

Assim, nos vemos diante de um instituto, que apesar de criado para garantir, entre outras coisas, o direito ao meio ambiente, valoriza apenas o valor econômico de uma propriedade, afastando da constituição da justa indenização impactos ou benefícios ambientais realizados pelo expropriado na área.

Através de laudos e de uma linguagem extremamente específica são realizadas as perícias, sendo certo que os debates sobre os valores encontrados são extremamente técnicos e somente observam as variantes do mercado ou a capacidade produtiva da área.

Além disso, a ação desapropriação possui rito próprio e limita a discussão somente sobre a validade do decreto e ao preço. Por ser uma ação extremamente técnica e especial, são necessários procuradores com conhecimento na área para não prejudicar as partes, sendo certo que as discussões sobre os laudos podem durar anos e onerando de forma excessiva o poder público.

A quantificação da justa indenização na desapropriação apenas pelo valor econômico do bem obsta que a desapropriação seja um instrumento de política urbana para garantir direito à cidade sustentável, à moradia, ao meio ambiente e à propriedade.

Assim, estamos diante da encriptação de tais direitos que se dá pela ausência de efetividade da justa indenização na desapropriação.

3. DA DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA, DA MAIS VALIA E DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

O objetivo do presente artigo, conforme já acima elucidado, é denunciar o encriptamento da justa indenização na desapropriação. Isso porque, o imóvel expropriado é avaliado apenas pelo seu valor de mercado/econômico, ignorando as demais dimensões que devem constituir o seu valor, em razão da necessidade da sua significação em consonância com o princípio do desenvolvimento sustentável.

A força econômica da propriedade faz com que todo o ordenamento jurídico, na realidade, atue para preservá-la. Dessa forma, qualquer política pública que vise a realização de justiça social não produzirá efeitos jurídicos de forma qualitativa.

É este paradoxo que o direito administrativo alimenta ao garantir sempre o valor de mercado da propriedade. Tal questão torne-se ainda mais evidente ao observamos que todas as formas de recuperar o investimento público gasto com a desapropriação, não possuem eficácia, no sentido de produção qualitativa de efeitos, em nosso ordenamento.

Os arts. 4º e 27º do Decreto-Lei 3.365/41 dispõem, respectivamente, sobre a desapropriação por zona e sobre a necessidade de se considerar, no momento da fixação da justa indenização, a valorização da área remanescente do expropriado.

A desapropriação por zona, disposta no art. 4º do Decreto-Lei 3.365/41⁴, é uma possibilidade dada ao poder público de recuperar parte do valor investido na realização das obras públicas.

Tendo conhecimento de uma provável valorização econômica das áreas próximas ao empreendimento que será implementado pelo poder público, este pode expropriar área maior a

⁴ Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

Não será objeto do presente trabalho o estudo de área contígua também disposta no art. 4º, Decreto-Lei 3.365/41, acima transcrito.

que será efetivamente utilizada, no intuito de revende-la, após a sua superveniente valorização, com a finalidade de recuperar parte do que foi investido.

A justificativa para citada modalidade de desapropriação, conforme explica José Carlos de Moraes SALLES (2012, p.141) é a de possibilitar que os benefícios provenientes da obra pública sejam aproveitados por toda coletividade e não só por alguns. Isso porque, os custos da desapropriação são pagos pelos tributos arrecadados pelo poder público. Assim, segundo referido autor, nada mais justo que parte desse dinheiro retorne para o poder público como forma de beneficiar toda a coletividade.

A decretação da utilidade pública da área que será desapropriada por zona, deve ser realizada no momento da publicação do decreto expropriatório, não sendo admitida a sua decretação posterior:

Todavia, no que concerne à desapropriação por zona, entendemos que, se a declaração de utilidade pública for omissa a respeito, não haverá possibilidade de editar-se outra, após conclusão das obras ou serviços ou até mesmo depois do seu início.

É que, nos termos do art. 4º do Dec.-lei 3.365/1941, a valorização extraordinária dos imóveis adjacentes deve ser prevista pela Administração antes do início daquelas obras ou serviços, como decorrência do empreendimento público a ser executado. Por isso mesmo, exige a lei que o Poder Público, prevendo a referida mais-valia, já inclua na declaração de utilidade pública, além das áreas indispensáveis às obras ou serviços, as que irão beneficiar-se com a valorização extraordinária. (SALLES, 2012, p.144)

Nesse mesmo sentido também entende Seabra Fagundes (1949, p.106), uma vez que a possibilidade de uma posterior desapropriação por zona daria ao poder público extrema vantagem em detrimento dos particulares, uma vez que somente quando a valorização ocorresse é que o poder público iria realiza-la. A faculdade do poder público de desapropriar por zona termina no momento em que o decreto de utilidade pública é publicado.

José Carlos de Moreira Salles (2012, p.143), entende que esta impossibilidade da desapropriação posterior pode ser uma das causas para a inutilização de tal modalidade pelo poder público. Isso porque, além dos altos gastos envolvidos com a desapropriação decorrente da utilidade pública, não há a certeza de que a área no entorno do empreendimento será valorizada.

Dessa forma, pode-se observar que a desapropriação por zona visa o retorno dos investimentos gastos poder público na realização da obra, mas não é implementada de forma

efetiva por falta de planejamento e interesse do poder público em transformar o significado de propriedade⁵.

No mesmo sentido, a compensação da mais-valia da área remanescente e a contribuição de melhoria também denunciam a submissão da administração pública as regras do mercado econômico.

O art. 27º do Decreto-Lei 3.365/1941⁶, dispõe sobre a necessidade do juiz avaliar, no momento da fixação da justa indenização, a valorização da área remanescente do imóvel desapropriado, diminuindo, assim, o valor a ser pago pelo poder público.

José Carlos de Moreira Salles (2012, p.463) aponta para a importância de se distinguir se a valorização ocorrida é imediata e específica (somente no imóvel expropriado) da geral (a que ocorre para todos).

No primeiro caso “a mais-valia do remanescente deve ser descontada do quantum devido à título de indenização ao expropriado, por beneficiá-lo diretamente” (SALLES, 2012, p.463). Todavia, ocorrendo a valorização geral, beneficiando todos os proprietários que têm imóveis no local do empreendimento, não é razoável a cobrança da mais-valia somente de um proprietário, quando na verdade todos se beneficiaram.

Destaca o autor (SALLES, 2012, p.463) que como na maioria dos casos a valorização resultante da obra pública é geral e não apenas do imóvel expropriado, os tribunais não têm aplicado à compensação da mais-valia disposta no art. 27 do Decreto-Lei 3.365/1941. Não seria justo que somente um particular arcasse com a mais valia ocorrida, quando toda a área foi valorizada em razão do empreendimento público.

Na maioria dos casos, entretanto, como a valorização trazida pela desapropriação é geral, isto é, beneficia não só os que foram atingidos por desapropriação parcial de seus imóveis como também aos proprietários não expropriados, têm os tribunais do país, inclusive o Supremo, considerando indevida a compensação da mais-valia com o quantum indenizatório devido ao expropriado, ressaltando, entretanto, ao Poder Público a cobrança de contribuição de melhoria. (SALLES, 2012, p.464)

Dessa forma, nos casos de uma valorização geral da área em que foi realizada a obra pública, deve ser instituída a contribuição de melhoria. Tal posicionamento, segundo José

⁵ Atualmente, alguns municípios têm utilizado a desapropriação por zona para fins urbanísticos. Todavia, a sua utilização se dá para atender os interesses do mercado e, não, na busca do retorno financeiro por parte do poder público.

⁶ Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

Carlos de Moreira Salles (2012, p.465), foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão publicado na RTJ 73/892, cuja ementa destaca que a “plusvalia oriunda da obra no local deve ser recuperada pelo Município por meio da contribuição de melhoria que contempla todos os proprietários beneficiados e não apenas os atingidos pela desapropriação”.

A contribuição de melhoria “é uma espécie tributária destinada a gravar uma valorização imobiliária do patrimônio particular em decorrência de obra pública” (FERRAZ, GODOI e SPAGNOL, 2014, p.215). A sua previsão legal está disposta nos art. 145, III, da CR de 1988 e art. 81 do Código Tributário Nacional, que determinam que a contribuição de melhoria poderá ser instituída pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O ente público responsável pela obra é quem tem competência para a instituição da cobrança, cujo fato gerador está vinculado à ocorrência da valorização econômica da área. Os proprietários dos imóveis localizados na área valorizada são os sujeitos passivos da obrigação tributária.

A contribuição de melhoria também é pouco utilizada pelo poder público como forma de se recuperar parte dos investimentos gastos na desapropriação.

Todas as formas acima indicadas como meio do poder público recuperar parte dos investimentos que foram utilizados na obra pública, estando aí incluídos os próprios gastos com a desapropriação, não são capazes, por si só, de solucionar o tema aqui discutido. Isso porque, ainda que o poder público tenha meios de recuperar seus investimentos, a forma como o imóvel é avaliado para o pagamento da justa indenização na desapropriação não é sustentável, sendo conseqüentemente, injusta. A questão discutida é a falta de efetividade do disposto no art. 5º, XXIV, da CR 1988, decorrente de uma avaliação exclusivamente econômica dos imóveis que são desapropriados.

A falta de eficácia da desapropriação por zona, da compensação da mais-valia remanescente e da contribuição de melhoria, apenas reforçam a perspectiva exclusivamente econômica da indenização paga nas ações de desapropriação. A universalização do significado de justa indenização como reparação ao expropriado mediante o pagamento do valor de mercado de seu imóvel, torna ineficaz qualquer medida que possa onerar o particular.

4. CONCLUSÃO

A partir da análise da forma como é fixada a justa indenização nas ações de desapropriação pode-se observar a veracidade da teoria crítica apresentada por Gabriel Méndez Hincapí e Ricardo Sanín Restrepo.

A valorização apenas do aspecto econômico do bem, demonstra, conforme destacados pelos autores, a privatização do público, tendo em vista a real soberania do capitalismo frente a direitos constitucionalmente garantidos. Tal questão torna-se ainda mais clara quando observamos que nem os mecanismos existentes para a recuperação de parte dos investimentos públicos gastos na desapropriação são utilizados pela administração pública.

Assim, além da propriedade não ser avaliada de forma sustentável, mas apenas pelo seu valor econômico, nenhum mecanismo de recuperação da mais valia disposto em nosso ordenamento é utilizado.

Estamos diante de um Estado Democrático de Direito falido, no qual as estruturas que o constituem acabam por garantir única e exclusivamente os interesses econômicos. O direito por sua vez, ao invés de denunciar esse sistema, acaba garantido a sua existência, sob a falsa premissa de garantir direitos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado** 14. ed. Niterói: Impetus, 2007, p.642

ARAÚJO, Marinella Machado; ALMEIDA, Alessandra Bagno. A Efetividade do Direito à Boa Administração: Papel da Sustentabilidade. In: **Estudos Avançados de Sustentabilidade Urbano Ambiental**. Belo Horizonte: Arraes. 2014, p.41.

ARAÚJO, Marinella Machado; Azevedo, Eder Marques. Licitações Públicas Sustentáveis: Os Impactos da Lei 12.349/10 e a Colisão entre Princípios do Desenvolvimento Sustentável e Economicidade. In **Estudos Avançados de Sustentabilidade Urbano Ambiental**. Belo Horizonte: Arraes. 2014

ARAÚJO, Marinella Machado; PIRES, Cristiano Tolentino. Usucapião de Terras Devolutas: uma interpretação que concretiza a função social dos bens públicos. In: **Estudos Avançados de Direito a Moradia**. Belo Horizonte: Arraes, 2014

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 213/214.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 13. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

BRASIL, Coletânea de Legislação Administrativa, Constituição Federal. Organização Odete Medauar. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo parte geral: intervenção do estado e estrutura da administração**. 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011, p.175, 176,177 e 179.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra; SPAGNOL, Werther Botelho. Curso de Direito financeiro e tributário. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 24 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.783.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de direito administrativo**. Edição Saraiva: São Paulo, 1979.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**, 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p.698.

HADDAD, Emilio; SANTOS, Cacilda Lopes dos. Desapropriação de áreas de interesse ambiental. Desapropriação em áreas urbanas de assentamentos informais: limites e alternativas a sua aplicação. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betania (Coord.). **Revisitando o instituto da desapropriação**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HINCAPIÉ, Gabriel Médez; RESTREPO, Ricardo Sanin. La Constitución Encriptada Nuevas de emancipación del poder global. 2012. Disponível em: <http://www.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/N%C3%BAmero%208/Redhes8-05.pdf> . Acesso em 15 de julho de 2014.

LIMA, Adriana Nogueira Vieira; FILHO, Edson Macedo. Desapropriação em áreas urbanas de assentamentos informais: limites e alternativas a sua aplicação. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betania (Coord.). **Revisitando o instituto da desapropriação**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed., Niterói: Impetus, 2012, p.920/921.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev. e atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.478.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20ed. São Paulo: Malheiros,2006, p.832

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. Atualizado por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2012, p.681 e 682

MOTTA, Carlos Pinto Coelho, **Curso prático de direito administrativo**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría crítica constitucional**: rescatando la democracia del liberalismo. 1a ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência.**
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.