

Karlin Olbertz Niebuhr

## DESAPROPRIAÇÃO

Dimensão histórico-jurídica da utilidade social da propriedade no Brasil

Tese de Doutorado

Orientador Professor Titular Doutor Fernando Dias Menezes de Almeida

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, 2022

Karlin Olbertz Niebuhr

## DESAPROPRIAÇÃO

Dimensão histórico-jurídica da utilidade social da propriedade no Brasil

Tese de Doutorado

Orientador Professor Titular Doutor Fernando Dias Menezes de Almeida

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito. Versão corrigida.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, 2022

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Niebuhr, Karlin Olbertz

Desapropriação: dimensão histórico jurídica da utilidade social da propriedade no Brasil; Karlin Olbertz Niebuhr; orientador Fernando Dias Menezes de Almeida -- São Paulo, 2022.

207

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

Versão corrigida. A versão original se encontra disponível na Unidade que aloja o Programa.

1. Propriedade. 2. Desapropriação. 3. Direito administrativo. 4. Literatura jurídica. 5. História das ideias. I. Menezes de Almeida, Fernando Dias, orient. II. Título.

NIEBUHR, K. O. **Desapropriação: dimensão histórico-jurídica da utilidade social da propriedade no Brasil**. 2022. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

*“Le monde du droit n’est pas ce monde fermé que nous montrent certains juristes, monde séparé de la réalité, monde idéal; c’est un monde de fait tangibles qu’il faut expliquer et classer; ce sont des volontés humaines qu’il faut saisir dans leurs manifestations concrètes; c’est l’effet social qu’elles produisent; c’est la force matérielle qu’elles mettent en jeu, qu’il faut constater et apprécier.”*

LÉON DUGUIT, *L’État, le droit objectif et la loi positive*, 1901.

## RESUMO

NIEBUHR, K. O. **Desapropriação: dimensão histórico-jurídica da utilidade social da propriedade no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

A tese apresenta um percurso histórico da propriedade e da desapropriação na literatura jurídica brasileira, com a finalidade de identificação dos elementos mais valorizados ao longo do tempo e de exploração das evidências de mudança e de continuidade do modo de conceber a desapropriação.

Propõe a superação do modelo da propriedade moderna e a observação da realidade do ordenamento jurídico, e sugere um reposicionamento da dogmática do Direito Administrativo, para passar a considerar que a propriedade se constitui em situação jurídica objetiva, conforme a lição de Léon Duguit, o que a afasta das concepções rotineiras da função social e do direito subjetivo, encontrados na literatura.

Essa consideração e a busca pelo afastamento dos vieses ideológicos da propriedade no seu tratamento jurídico conduzem a uma limitação do conceito de propriedade, não obstante a amplitude dos seus diversos estatutos jurídicos, e conduzem conseqüentemente a uma limitação do conceito de desapropriação, que não se equipara a todos os sacrifícios de direito. Isso não significa obstaculizar a indenização por sacrifícios de direito, mas delimitar o âmbito de aplicação da garantia da desapropriação (da garantia contra o confisco), que exige devido processo legal judicial e prévia indenização e, portanto, implica restrição da autoexecutoriedade e da eficácia da atuação estatal.

Palavras-chave: Direito Administrativo; propriedade; desapropriação; sacrifícios de direitos; história das ideias jurídicas no Brasil.

## ABSTRACT

NIEBUHR, K. O. **Expropriation: a historical-juridical dimension of the social utility of property in Brazil.** Thesis (Doctorate in Public Law) – Law School, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

The thesis presents a historical course of ownership and expropriation in Brazilian legal literature, intending to identify the most valued elements over time and explore evidence of change and continuity in the way of conceiving expropriation.

It proposes overcoming the model of modern property and observing the reality of the legal system, as well as suggests a repositioning of the dogmatics of Administrative Law, to begin to consider that property constitutes an objective legal situation, according to the lessons of Léon Duguit, which distances it from the routine conceptions of social function and subjective right found in literature.

This consideration, as well as the search for the removal of ideological biases of property in its legal treatment, leads to a limitation of the concept of property, despite the extent of its various legal statutes, and consequently leads to a limitation of the concept of expropriation, which does not culminate in all the sacrifices of rights. This does not mean impeding compensation for sacrifices of rights, however delimiting the scope of application of the guarantee of expropriation (of the guarantee against confiscation), which requires due legal process and prior compensation, therefore, implies the restriction of the self-execution and effectiveness of the state action.

Keywords: Administrative Law; property; expropriation; rights sacrifices; history of the legal ideas in Brazil.

## RÉSUMÉ

NIEBUHR, K. O. **Expropriation: dimension historico-juridique de l'utilité sociale de la propriété au Brésil.** Thèse (Doctorat en Droit Public) – Faculté de Droit, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

La thèse présente un parcours historique de la propriété et de l'expropriation dans la littérature juridique brésilienne, avec l'objectif d'identifier les éléments le plus valorisé au fil du temps et de l'exploration des évidences de changement et de continuité de la façon de concevoir l'expropriation.

Se propose la supéation du modèle de la propriété moderne et l'observation de l'ordonnancement juridique, et se suggère un remplacement de la dogmatique du Droit Administratif, pour considérer que la propriété se constitue dans situation juridique objective, selon leçon de Léon Duguit, ce qui l'écarte des conceptions usuelles de la fonction sociale et du droit subjectif, rencontrés dans la littérature.

Cette considération et la recherche pour l'éloignement des biais idéologiques de la propriété dans son traitement juridique conduisent à une limitation du concept de propriété, malgré l'amplitude dès ses différentes statues juridiques, et conduisent par conséquent à une limitation du concept de expropriation, lequel n'est pas équiparé a tous les sacrifices de droit. Cela ne signifie pas empêcher l'indenization pour sacrifices de droit, mais délimiter le domaine d'application de l'assurance de l'expropriation (l'assurance contre la confiscation), ce que demande un procès judiciaire équitable et indenization antérieure et, donc, implique la restriction de la force exécutoire (privilège du préalable) et de l'efficace de l'actuation de l'État.

Mots-clés : Droit Administratif; propriété; expropriation; sacrifices du droit; histoire des idées juridiques au Brésil.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2 QUAL PROPRIEDADE? .....</b>	<b>16</b>
2.1 AS CONTRIBUIÇÕES DOS HISTORIADORES DO DIREITO.....	17
2.2 O MODELO DA PROPRIEDADE MODERNA.....	20
2.2.1 A indivisibilidade <i>a priori</i> .....	22
2.2.2 O domínio quase absoluto .....	26
2.2.3 A formulação jurídica geral e abstrata.....	31
2.3 A PROPRIEDADE MODERNA COMO PONTO DE PARTIDA.....	34
<b>3 QUAL DESAPROPRIAÇÃO?.....</b>	<b>35</b>
3.1 A PROPRIEDADE MODERNA E A DESAPROPRIAÇÃO .....	35
3.1.1 O conceito moderno de desapropriação.....	36
3.1.2 A alusão a outros modelos de desapropriação.....	37
3.1.3 O valor da legalidade.....	38
3.1.4 A questão da utilidade social .....	40
3.2 A DESAPROPRIAÇÃO MODERNA E OUTRAS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS EVENTUALMENTE RELACIONADAS.....	41
3.2.1 Desapropriação e limitações da propriedade .....	41
3.2.2 Desapropriação e obrigação de indenizar .....	45
3.2.3 Desapropriação e responsabilidade civil do Estado .....	46
3.3 A DESAPROPRIAÇÃO NO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	49
<b>4 IMPÉRIO .....</b>	<b>50</b>
4.1 A LITERATURA JURÍDICA .....	50
4.1.1 O recurso a outras fontes literárias .....	50
4.1.2 Um consenso sobre a época: o ideário liberal .....	53

4.1.3	As bases da Constituição de 1824 .....	54
4.1.4	Os primeiros manuais e outras obras .....	56
4.2	AS LINHAS GERAIS .....	58
4.2.1	Ainda a alusão à propriedade na sua acepção moderna.....	58
4.2.2	A preocupação com os conflitos de interesses .....	61
4.2.3	As alusões à desapropriação .....	63
4.2.3.1	<i>O pensamento de PIMENTA BUENO</i> .....	64
4.2.3.2	<i>O pensamento de CONSELHEIRO RIBAS</i> .....	65
4.2.3.3	<i>O pensamento de VISCONDE DO URUGUAY</i> .....	67
4.3	OS TEMAS ESPECÍFICOS .....	69
4.3.1	As concessões .....	71
4.3.1.1	<i>As concessões de terras</i> .....	71
4.3.1.2	<i>As concessões de infraestruturas</i> .....	74
4.3.1.3	<i>As concessões de ofícios e de cargos públicos</i> .....	75
4.3.2	A propriedade das minas .....	76
4.3.3	O regime de posses .....	78
4.3.4	O trabalho escravo .....	86
<b>5</b>	<b>PRIMEIRA REPÚBLICA</b> .....	<b>92</b>
5.1	A CONSTITUIÇÃO DE 1891 .....	92
5.2	A LITERATURA JURÍDICA .....	94
5.2.1	Os manuais de Direito Administrativo .....	95
5.2.1.1	<i>O pensamento de AUGUSTO OLÍMPIO VIVEIROS DE CASTRO</i> .....	95
5.2.1.2	<i>O pensamento de AARÃO REIS</i> .....	98
5.2.1.3	<i>O pensamento de MÁRIO MASAGÃO</i> .....	101
5.2.2	O tratamento teórico especializado.....	102
5.2.2.1	<i>A obra de SOLIDÔNIO ATTICO LEITE</i> .....	103

5.2.2.2	<i>A obra de FIRMINO ANTÔNIO DA SILVA WHITAKER</i> .....	104
5.2.2.3	<i>A obra de EURICO SODRÉ</i> .....	108
5.3	OS TEMAS ESPECÍFICOS.....	110
5.3.1	Desapropriação e encampação.....	110
5.3.2	Desapropriação e retrocessão .....	110
5.3.3	Desapropriação para revenda.....	112
5.4	UM EVENTO MARCANTE: O CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	114
<b>6</b>	<b>O PERÍODO DE 1930 A 1988</b> .....	<b>116</b>
6.1	AS SUCESSIVAS CONSTITUIÇÕES.....	116
6.2	O DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO .....	121
6.3	A LITERATURA JURÍDICA .....	122
6.3.1	As posturas liberal e estatizante.....	124
6.3.2	O conceito de propriedade objeto de desapropriação.....	126
6.3.3	Os pontos comuns nas obras de Direito Administrativo .....	129
6.3.4	Os pontos diferenciais .....	132
6.3.4.1	<i>O pensamento de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI</i> .....	132
6.3.4.2	<i>O pensamento de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO</i> .....	133
6.4	OS TEMAS ESPECÍFICOS.....	136
6.4.1	Desapropriação de ações .....	136
6.4.2	Desapropriação indireta.....	138
6.4.3	Destinação dos bens expropriados.....	140
<b>7</b>	<b>A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CONTEMPORANEIDADE</b> .....	<b>143</b>
7.1	A CONSTITUIÇÃO E A LEGISLAÇÃO.....	143
7.2	A LITERATURA JURÍDICA .....	148
7.2.1	As reflexões do Direito Civil.....	148
7.2.2	As reflexões de Direito Administrativo.....	154

7.2.2.1	<i>O pensamento de MARÇAL JUSTEN FILHO</i> .....	155
7.2.2.2	<i>O pensamento de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO</i> .....	157
7.2.2.3	<i>O pensamento de CARLOS ARI SUNDFELD</i> .....	159
7.3	OS TEMAS ESPECÍFICOS.....	160
7.3.1	A desapropriação por posse-trabalho .....	161
7.3.2	As chamadas expropriações regulatórias.....	162
<b>8</b>	<b>A PROPRIEDADE COMO SITUAÇÃO JURÍDICA OBJETIVA.....</b>	<b>166</b>
8.1	A PRIORIDADE OBJETIVO-SUBJETIVA .....	166
8.2	O PENSAMENTO DE LÉON DUGUIT .....	169
8.2.1	As situações jurídicas objetivas e subjetivas .....	171
8.2.2	A objetivização da propriedade .....	172
8.2.3	O sentido objetivo da função social.....	173
8.3	EFEITOS DA CONCEPÇÃO OBJETIVISTA .....	174
<b>9</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>178</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>184</b>
	<b>APÊNDICE A – LEGISLAÇÃO DO IMPÉRIO .....</b>	<b>200</b>
9.1.1	A Lei de 9 de setembro de 1826.....	200
9.1.2	A Lei de 21 de maio de 1828.....	201
9.1.3	A Lei de 16 de agosto de 1834 (Ato Adicional).....	202
9.1.4	O Decreto 353, de 12 de julho de 1845 .....	202
9.1.5	O Decreto 816, de 10 de julho de 1855, e seus regulamentos.....	205
9.1.6	A Lei 3.129, de 14 de outubro de 1882, e seu regulamento .....	205
9.1.7	A Lei 3.396, de 24 de novembro de 1888 .....	206

# 1 INTRODUÇÃO

Esta tese propõe um estudo de história das ideias dos juristas a respeito da propriedade e da desapropriação que circularam e circulam pelo Brasil desde a sua independência, notadamente no campo do Direito Administrativo, a que se filia a candidata.

O plano da tese foi traçar em que quadros os juristas vem concebendo o instituto da desapropriação à luz da sua razão subjacente, que é a da utilidade social da propriedade, a fim de identificar os elementos mais valorizados ao longo do tempo e então explorar as evidências de mudança e de continuidade do modo de conceber a desapropriação.

A escolha desse objeto de estudo deriva da constatação de que existe um relativo consenso na literatura jurídica a respeito de se entender o instituto da desapropriação, na sua concepção atual, como nascido da propriedade moderna, isto é, da propriedade na forma concebida pelos movimentos das revoluções liberais do século XIX, em especial na França.

A propriedade, nesses movimentos, tem um conceito muito mais político do que jurídico: é tida como um direito natural, pleno, *a priori* indivisível, e absoluto, que assegura ao proprietário o domínio sobre um bem, traduzido por poderes jurídicos de usar, fruir, gozar e dispor desse bem. Considera-se uma extensão do indivíduo ou a própria exteriorização da sua personalidade e, entre os juristas, é tratada como um direito subjetivo individual, com certa prioridade axiológica sobre o ordenamento positivo.

A correlata desapropriação, por sua vez, vem concebida como a privação do direito subjetivo, ou dos poderes jurídicos que lhe seriam inerentes, manifestando o caráter da mais gravosa exceção e, por isso mesmo, com exigências tais como a previsão por lei de hipóteses autorizativas e o pagamento de indenização ao expropriado, a título de garantia da propriedade ou do patrimônio.

O problema identificado pela candidata consiste em a literatura jurídica ainda se valer do modelo da propriedade moderna, altamente abstrato e adaptável, para tratar da desapropriação, generalizando a sua aplicação.

A candidata postula que a literatura jurídica adota um significado para a desapropriação que está carregado por uma concepção ideológica decorrente da adesão ao modelo da propriedade moderna, com os seus corolários, e que obnubila uma concepção política que não necessariamente coincide com aquela adotada pelo direito positivo. Entende que esse raciocínio é acompanhado de uma inversão da prioridade objetivo-subjetiva do

ordenamento. Quando a literatura invoca a propriedade na sua acepção moderna, e se refere por exemplo aos seus caracteres dogmáticos (a plenitude, a perpetuidade, a exclusividade, a oponibilidade *erga omnes* etc.), ou invoca o direito de propriedade, genericamente, como direito subjetivo, deixa de conferir atenção à realidade do ordenamento jurídico. Oferece uma resposta antes de as correspondentes perguntas serem efetivamente formuladas.

A candidata observa problemas que são daí derivados. A elevada abstração da concepção moderna de propriedade, como direito natural, absoluto, pleno, exclusivo, perpétuo etc., com seus poderes jurídicos, permitiu a construção de discursos que tutelaram e podem vir a tutelar as mais diversas situações no Brasil, algumas muito controversas. Assim, no Brasil, invocou-se o direito de propriedade, sob o pálio da desapropriação, para assegurar indenizações vultosas aos “proprietários” de pessoas escravizadas e aos “proprietários” de títulos e de cargos públicos. E hoje mesmo se invoca o direito de propriedade, na sua acepção moderna, altamente abstrata e adaptável, com a sua correspondente desapropriação, para tutelar a riqueza privada contra alterações do ordenamento jurídico que somente poderiam ser cientificamente enfrentadas com recurso às regras de direito intertemporal, ou com a observação atenta do direito objetivo. Ou seja, vigora uma postura que estende a desapropriação para situações não rigorosamente expropriatórias, mas de reformulação das estruturas jurídicas.

A candidata também observa que a invocação da vulgata “função social da propriedade” não altera essas circunstâncias. Há os autores que dizem que a função social integra a estrutura do direito de propriedade e assim a limita. Para tanto partem da premissa da existência de um direito de propriedade anterior à limitação, eis que veio a ser limitado; ou atribuem ao descumprimento dessa função social o efeito da ausência de tutela jurídica da propriedade. Existem ainda os autores que atribuem ao “princípio da função social” o significado da máxima socialização da propriedade. Mas essas perspectivas são tão abstratas quanto aquela do modelo da propriedade moderna (o qual, aliás, jamais desprezou as limitações, pela via da legalidade, fundadas na utilidade social).

A candidata procurou enfrentar essas questões com a análise do pensamento jurídico brasileiro ao longo da história do Brasil independente. Pretendeu descrever uma dimensão histórico-jurídica para a desapropriação no Brasil, ainda não encontrada na literatura, identificando transformações e eventuais aspectos ideológicos, para alcançar uma compreensão atualizada da percepção teórica e sugerir um posicionamento para a dogmática.

Aliás, é importante que se diga que esta tese não se propõe a uma análise exaustiva do instituto da desapropriação no direito positivo brasileiro, ou da sua descrição no direito passado e vigente. Não é essa a temática principal do trabalho. A atenção estará voltada a

compreender não o modo de ser do ordenamento, mas o modo de ser da teoria a respeito da desapropriação, enquanto instituto jurídico, e da sua configuração e evolução no pensamento jurídico brasileiro. Com este objetivo, o material de estudo consistirá na literatura jurídica produzida sobre a propriedade e a desapropriação desde a independência do Brasil, com foco no Direito Administrativo, e segundo uma periodização e a identificação de posturas inspiradas pela obra de Fernando Dias Menezes de Almeida, “Formação da teoria do direito administrativo no Brasil”.

Tendo em vista esse objetivo, a perspectiva da tese pode ser chamada de evolutiva, mas não na acepção evolucionista; não se tem a pretensão de identificar um estado da arte mais aperfeiçoado, mas de conceber o direito como um fenômeno real em constante transformação. A inspiração, neste ponto, é a obra de Odete Medauar, “Direito administrativo em evolução”.

Para tanto, e para precisar o sentido de propriedade no ordenamento jurídico, a candidata também se vale das lições de Léon Duguit, autor francês a quem alguns autores brasileiros interpretam como se tivesse levado às últimas consequências a ideia de função social da propriedade, no sentido socialista. A candidata postula que não é essa a melhor interpretação para as suas lições.

Em suma, as duas unidades básicas de análise são a propriedade e a desapropriação, enquanto o material a partir do qual essas unidades, com seus movimentos, formas e combinações serão analisadas consiste na literatura jurídica, nesta tese concebida como a produção intelectual voltada para o Direito, integrada ao contexto histórico-cultural que condiciona e confere sentido às ideias.

Antes ainda de ingressar no texto, as seguintes observações de ordem formal e material são necessárias: (i) todas as citações de autores brasileiros em língua portuguesa e da legislação brasileira tiveram seu vernáculo atualizado, com exceção dos títulos das obras; (ii) foi elaborado um apêndice contendo a análise da legislação do Império sobre desapropriação, com o intuito de registrá-la para facilitar futuras pesquisas; (iii) a tese foi desenvolvida no curso da pandemia da Covid-19, o que obstaculizou o acesso da candidata a bibliotecas, que se mantiveram fechadas no período, e isso se refletiu na relativa limitação da bibliografia consultada; (iii) as traduções, exceto de livros traduzidos com indicação do tradutor, são livres.

## 2 QUAL PROPRIEDADE?

Propriedade não é uma expressão unívoca. Uma tese que se propõe a examinar os institutos jurídicos da propriedade e da desapropriação deve começar pela apresentação do que se entende por propriedade, sujeita a desapropriação.

Essa tarefa pode ser especialmente árdua. Muitos estudiosos do Direito se dedicaram a demonstrar as dificuldades do conceito de propriedade (ou do direito de propriedade), o que produz reflexos sobre o conceito de desapropriação.

Citamos, por exemplo, RODOTÁ, que chama a propriedade de “terrível direito”;<sup>1</sup> GROSSI, para quem a propriedade, antes de ser tratada como instituto jurídico, traduz uma “mentalidade”, uma “solução histórica dominante”, um “esquema interpretativo”.<sup>2</sup>

Haverá ainda os autores que dirão que a propriedade nem sequer existe, mas apenas a posse. A propriedade então figuraria como um “não definido”, uma das tantas “existências ilusionistas”, “puro transporte mítico”, “um mistério conservado com credulidade, exaltado com gratidão e contemplado com os olhos fechados”. São as expressões contundentes de GÓMEZ.<sup>3</sup>

Como efeito, é evidente a dificuldade de tratamento da propriedade na literatura jurídica, notadamente quando se consideram autores que trabalham com ramos didaticamente distintos do direito (direito civil, direito empresarial, direito administrativo, direito constitucional).

Entre esses autores, é costumeiro o recurso às concepções de ordem filosófica, política e econômica para procurar evidenciar a complexidade do tema da propriedade e então integrá-lo ao Direito, mas essas visões muitas vezes se constituem em verdadeiros manifestos de vontade, que não encontram resguardo quando o que se busca é examinar a propriedade do ponto de vista jurídico.

---

<sup>1</sup> RODOTÁ, Stefano. **El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada**. Trad. de Luis Díez-Picazo. Santiago, Chile: Ediciones Olejnik, 2019. A expressão é usada com referência a uma passagem de Cesare Beccaria, da obra “Dos delitos e das penas” (*Dei Delitti e delle Pene*) reproduzida na epígrafe do livro, em que está dito: “...el derecho de propiedad (derecho terrible y quizá no necesario)...” Na sequência há uma nota para citação de Jeremy Bentham e sua obra *Principles of the Civil Code*, com o seguinte teor: “É surpreendente que um escritor prudente como Beccaria possa haver introduzido, em uma obra ditada pela filosofia mais razoável, uma dúvida subversiva da ordem social” (p. 7, tradução livre).

<sup>2</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim*.

<sup>3</sup> GÓMEZ, Joaquín Dualde. **La propiedad no es la propiedad**. Barcelona: Imprenta Clarasó, 1956, p. 17 e 29-30, tradução livre.



Nesse sentido, muitos juristas tendem a imprimir à propriedade uma espécie de aura de direito natural inviolável, que o torna infenso aos questionamentos. Outros juristas alcançam o outro extremo e afirmam que a propriedade não consiste em um direito, mas em uma função social (o que deve ser tomado com cautela, como será visto a seguir).

O problema reside em que nenhuma dessas concepções (que são mais políticas, e ideológicas, do que jurídicas) é consistente à luz de uma visão positivista e realista<sup>4</sup> do direito. Muito ao contrário; essas concepções sobre a propriedade, da doutrina ideologicamente engajada, dificultam a exposição coerente do tema nos variados ramos da manualística do direito e, como consequência, dificultam a compreensão da situação jurídica de propriedade e da desapropriação.

Esse dado é corroborado pelas contribuições dos historiadores do direito. Entre eles, são muito frequentes os alertas no sentido de que o estudo do direito de propriedade não pode prescindir do exame da história da propriedade e das suas transformações.

Assim, para responder a qual propriedade esta tese se refere, e então definir a premissa inicial sujeita a questionamento, cabe começar pelo exame das contribuições da história do Direito.

## 2.1 AS CONTRIBUIÇÕES DOS HISTORIADORES DO DIREITO

Os historiadores do Direito aludem à propriedade, de modo geral, por antonomásia:<sup>5</sup> quer dizer, propriedade é apropriação, é relação de pertencimento.<sup>6</sup> Seus estudos têm em vista não um modelo de propriedade (tal como a “propriedade moderna”), mas a compreensão das distintas formas de apropriação dos distintos bens, ao longo da história.

Assim, os historiadores do Direito afirmam vigorosamente que existem “propriedades”, no plural, e não apenas uma “propriedade”, no singular. Há relações de apropriação ou de afetação de bens a diversas utilidades, individuais ou coletivas. Nesse contexto, os historiadores do Direito acentuam a necessidade de cautela quando se examinam

---

<sup>4</sup> Adota-se a ressalva de MENEZES DE ALMEIDA, feita em aula ministrada na Universidade de Freiburg, para indicar que não se está falando do realismo de Alf Ross ou realismo jurídico escandinavo, nem do realismo jurídico norte-americano de Wendell Holmes Jr. O realismo aqui referido é o do pensamento de Léon DUGUIT, um realismo contra os dogmas individualistas e a metafísica do direito. Um realismo positivista, de descrição da realidade, que observa as manifestações da vontade humana, e que não recorre ao que não existe, a elementos transcendentais. O tema será retomado mais à frente.

<sup>5</sup> ARIÑO-ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público económico. Modelo de estado, gestión pública, regulación económica**. Peru: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 79.

<sup>6</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 632.

propriedades do passado à luz da mentalidade proprietária do presente. A partir da observação das situações jurídicas de pertencimento medievais, por exemplo, os historiadores preconizam cautela para não “deformar” ou “desfocar” a realidade histórica.

Eis o alerta de GROSSI, que critica o movimento de transformação da chamada propriedade moderna, que deixou de ser percebida como produto de uma realidade mutável e foi adotada como “cânone com o qual medir a mutabilidade da realidade”:

Ora, se uma mentalidade “proprietária” pode ser congenial ao historiador da experiência jurídica moderna, se essa mesma mentalidade pode ser não irremediavelmente nociva para uma pesquisa sobre o Renascimento jurídico que culturalmente encontra seu momento de validade em modelos romanísticos de legitimação, uma tal mentalidade corre o risco de constituir uma armadilha letal para o pesquisador da sociedade e do direito da alta idade média.

E debateram-se e se debatem dentro da armadilha, sem possibilidade de sair dela, aqueles historiadores do direito que tentaram a reconstrução das situações reais altomedievais partindo, como pode falazmente parecer natural, do sujeito, do esquema individualista da propriedade, talvez desperdiçando-se em doudas buscas de termos como *proprietas* e *dominium* nos mais remotos arquivos e nos mais obscuros textos legais, quando o único procedimento de limpeza metodológica teria sido o de livrar a mente de sua ultrapassada forma de abordagem mental, que mede o real segundo sua correspondência com o esquema da propriedade individual.

Para o alto medievo um tal procedimento tem a mesma sensatez do botânico que procura frutos tropicais nos campos mediterrâneos. A alta idade média é uma grande civilização possessória, em que o adjetivo possessório deve ser entendido não em sentido romanístico mas na sua acepção finziana de um mundo de fatos nem formal nem oficial, porém munido de efetividade e de incisividade. Sem presenças estatais estorvantes, sem hipotecas culturais, a oficina altomedieval reduz a propriedade a mero signo cadastral e constrói um sistema de situações reais fundado não no *dominium* e tampouco nos *dominia* mas em múltiplas posições de efetividade econômica sobre o bem.<sup>7</sup>

É por isso que GILISSEN anuncia que “o historiador constata que não existe *uma* definição de propriedade, mas um grande número, que varia de acordo com as épocas e com as regiões.<sup>8</sup> GROSSI, por sua vez, acentua:

Para o historiador, “propriedade” deve ser somente um artifício verbal para indicar a solução histórica que um ordenamento dá ao problema da relação jurídica mais intensa entre um sujeito em um bem, ou em outras palavras, a resposta à questão central sobre a consistência mínima do “meu” jurídico; soluções e respostas que são duplamente múltiplas segundo os vários climas históricos e segundo os vários conteúdos que o mesmo clima histórico dá

---

<sup>7</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13-14.

<sup>8</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 635-636.

aquele invólucro aberto disponível que convencionalmente identificamos como propriedade.<sup>9</sup>

No direito brasileiro, FONSECA expõe que o conceito de propriedade parece absolutamente natural, mas que compete ao historiador do direito relativizá-lo, para que não se tome como “dado algo que é temporalmente construído”, dotando-lhe de uma “validade que resiste ao desgaste dos tempos”, ou para que não se fixe “em termos quase metafísicos algo que só pode ser compreendido em sua profunda, humana e complexa historicidade”.<sup>10</sup>

A perspectiva dos historiadores facilita a compreensão de que a propriedade, como relação de apropriação, é um fato, real e contingente, produto da evolução social,<sup>11</sup> que traduz uma riqueza ou um patrimônio cujo uso e fruição (isto é, *um bem cuja utilidade*) podem ser afetados às necessidades materiais de um indivíduo ou de um conjunto de indivíduos. Sob outro ângulo, quando esse fato é acompanhado de poderes jurídicos conferidos ao detentor, para o fim de manter a riqueza ou patrimônio a salvo de pretensão alheia, há o que tradicionalmente se chama de direito de propriedade<sup>12</sup> (embora a visão tradicional não esgote a propriedade como fenômeno jurídico).

Cabe aludir, assim, a modelos de propriedade que se constroem à luz das circunstâncias e ao longo do tempo.

GILISSEN, por exemplo, sugere uma tipologia de formas de propriedade, que classifica em quatro tipos: propriedade individualista, propriedade dividida, propriedade comunitária e propriedade coletivista. São modelos que podem ser encontrados simultaneamente, mas que evidenciam a influência das circunstâncias e a contraposição a um modelo único e dogmático de propriedade.<sup>13</sup>

Contudo, cabe afirmar que o modelo predominante, até hoje em vigor no pensamento jurídico ocidental e como mentalidade social (como instituição), é o da propriedade moderna (a propriedade individualista referida por GILISSEN).

---

<sup>9</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernanin Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5.

<sup>10</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil*. **Anuário Mexicano de História del Derecho**, v. XVII, 2005, p. 97-112. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/issue/view/1653>. Acesso em: 24 abril 2018, p. 97.

<sup>11</sup> DUGUIT, León. **Manuel de droit constitucional**. 2. ed. Paris: Fontemoing & C., Éditeurs, 1911, p. 13. A palavra “evolução” não é usada aqui no sentido “evolucionista”, mas de desenrolar dos acontecimentos.

<sup>12</sup> WALD, Arnoldo. **Direito das coisas**. 4. ed. rev. ampl. e atual., com a colaboração de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 91.

<sup>13</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 636.

## 2.2 O MODELO DA PROPRIEDADE MODERNA

Quando alguém se refere à propriedade, buscando transmitir o senso mais comum do termo, usualmente pretende afirmar que um determinado bem pertence a alguém e que esse alguém tem o direito de explorar o bem, conforme a sua vontade e conforme o que não estiver proibido pela lei. É esse o sentido vulgar.

Caberia questionar qual foi a causa determinante para a construção desse sentido; se decorreu de um sentimento humano de pertencimento, que intuiu a divisão entre o que é *meu* e o que é *seu*; se teve origem em uma exigência de ordem ética, moral ou religiosa; se foi institucionalizado a partir de um dado econômico ou social; entre outras tantas hipóteses.<sup>14</sup>

Independente disso, o que se sabe, com significativo grau de consenso, é que esse sentido de propriedade corresponde a uma determinada “mentalidade proprietária”,<sup>15</sup> a um “hábito mental profundamente arraigado”,<sup>16</sup> a uma “instituição sociologicamente enraizada”,<sup>17</sup> em que o fenômeno proprietário é apresentado com ênfase no sujeito proprietário, ou na dimensão do *ter*, do *ser dono* de algo, com exclusão de outros sujeitos.<sup>18</sup>

Na modernidade, esse modo de encarar o fenômeno proprietário é tributado aos movimentos sociais que conduziram a profundas transformações na Europa ocidental<sup>19</sup> ao longo dos séculos XVI a XIX. Fala-se do iluminismo, do racionalismo, das revoluções liberais. Esses movimentos propiciaram a construção do modelo da chamada *propriedade moderna*,<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> A literatura afirma que “toda a discussão moderna de propriedade se inicia num diálogo longo – e às vezes de confins disciplinares indiferenciados – entre a teologia e o direito”, e que foi “decisiva, no início do século XVI, a discussão promovida pelos teólogos da Segunda Escolástica sobre as relações dos homens com os bens”. FONSECA, Ricardo Marcelo. *A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuário Mexicano de História del Derecho*, v. XVII, 2005, p. 97-112. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/issue/view/1653>. Acesso em: 24 abri. 2018p. 103. A questão pode ser aprofundada em HESPANHA, António Manuel. *O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal. Análise Social*, v. XVI, 1980, p. 211-236, *passim*.

<sup>15</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, *passim*.

<sup>16</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 500.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 116.

<sup>18</sup> NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Propriedade resolúvel. In: NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon; CARDOSO, Patrícia Silva; e D’ELIA JUNIOR, Antônio (coord.). *Propriedade privada: anais da I Jornada Ítalo-Brasileira de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 77.

<sup>19</sup> É inevitável tratar da Europa aqui, e isso se faz sem nenhuma vinculação a uma perspectiva eurocêntrica da história. Aliás, a proposta é focada na história brasileira, sob perspectiva brasileira. Para registro, em outra oportunidade já se manifestou oposição a “concepções universalizantes e eurocêntricas da história” (OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 24). Mas nesta tese é impossível escapar da referência aos movimentos europeus, sobretudo franceses, cuja influência é evidente no ordenamento e na literatura jurídica brasileiros.

<sup>20</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. Op. Cit., *passim*.

fundada no valor do indivíduo livre, e que se manifestou (ainda se manifesta), eloquentemente, no pensamento jurídico a respeito do direito de propriedade.

Assim, adota-se a expressão *propriedade moderna* para fazer referência a uma determinada situação jurídica de pertencimento que, em âmbito histórico-político-econômico, teve como pressuposto a apropriação plena, livre e individual da terra e dos meios de produção.

A doutrina se vale de outras denominações, além de “propriedade moderna”, para fazer referência ao fenômeno.

No âmbito da história do Direito, por exemplo, HESPANHA prefere o termo “propriedade burguesa liberal”<sup>21</sup> (embora também se refira à “propriedade moderna”), enquanto GROSSI se refere à “propriedade napoleônica pandectística.”<sup>22</sup> Na dogmática brasileira, MARCELINO, entre outros, faz referência à “propriedade clássica” ou “liberal”.<sup>23</sup>

As distintas denominações enfatizam aspectos da propriedade moderna escolhidos a critério de cada autor.

Assim, as expressões “propriedade burguesa liberal” e “propriedade liberal” destacam as circunstâncias políticas e econômicas que forjaram o modelo da propriedade moderna, indicando que esse modelo foi estabelecido para responder às necessidades da burguesia, classe social emergente entre os séculos XVIII e XIX, e ao ideário liberal.

A expressão “propriedade napoleônica pandectística”, por sua vez, remete ao Código de Napoleão (o Código Civil francês, de 1804) e à influência, sobre esse modelo de propriedade, do positivismo dogmático racionalista elaborado a partir do direito romano e professado pelos pandectistas.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> HESPANHA, António Manuel. *O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal*. *Análise Social*, v. XVI, 1980, *passim*.

<sup>22</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Emanin Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

<sup>23</sup> MARCELINO, Raphael. **O direito da propriedade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, *passim*.

<sup>24</sup> “Estabelecido o racionalismo como método de construção e explicação do direito e afirmada a autossuficiência do sistema jurídico, pavimentado está o caminho para o chamado positivismo dogmático que se estabelecerá sobretudo na Alemanha no século XIX por meio da Pandectística. A tendência à concentração em torno de esquemas lógicos e à autointegração leva ao fechamento do sistema em torno de si mesmo. A consequência é uma proteção da doutrina e do direito contra demandas sociais e éticas. Em um sistema fechado como o racionalista-pandectista a lógica substitui o conceito de justiça, determinando-o. Daí a característica bastante formalista ainda que rigorosamente lógica de trabalhos de grandes pandectistas como Windscheid.” COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, s.p., eBook Kindle.

A expressão “propriedade clássica” veicula a ideia da propriedade dos romanos (do período Clássico<sup>25</sup>), mas também pode ter servido para atribuir ao modelo da propriedade moderna o caráter de propriedade-tradicional ou propriedade-padrão.

O critério ora adotado, para escolha da expressão “propriedade moderna”, consiste no uso disseminado da expressão (mesmo os que adotam outras expressões também se referem à propriedade moderna) e na vinculação desse modelo de propriedade ao discurso jurídico da Modernidade, com seus ideais de liberdade e de racionalidade.<sup>26</sup>

Independente da denominação, o relevante é considerar que todas essas formas de se referir à propriedade moderna têm por objetivo identificá-la como um fenômeno jurídico distinto das situações jurídicas de pertencimento que predominavam na Europa ocidental até pelo menos o fim do século XVIII.

Algumas dessas distinções são apontadas pela literatura jurídica, que alude à propriedade moderna como *natural, absoluta, plena, indivisível, exclusiva, perpétua, abstrata, individualista* etc. Essas características serão apresentadas nesta tese, mas consolidadas mediante a postulação de dois dogmas desse modelo da propriedade: trata-se, de um lado, de propriedade indivisível *a priori* e, de outro, de propriedade que equivale ao domínio tendencialmente absoluto do proprietário.

Ambos os dogmas são fundados na titularidade individual livre e privada do bem objeto de apropriação.

### 2.2.1 A indivisibilidade *a priori*

De um ponto de vista histórico-jurídico, a chamada propriedade moderna distingue-se das formas proprietárias medievais<sup>27</sup> porque se apresenta como *unitária, plena, concentradora* (na pessoa do sujeito proprietário) de todos os poderes jurídicos sobre o bem apropriado.

---

<sup>25</sup> É a propriedade que atribui ao seu titular as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa (a faculdade de reivindicar caracterizava apenas a chamada propriedade quiritária romana), sujeita a limitações decorrentes ou do direito de vizinhança ou do interesse público. Sobre o tema, conferir MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**, v. I. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 282 *et seq.*; e CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 173 *et seq.*

<sup>26</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 131 e p. 207

<sup>27</sup> Fala-se do período medieval com a consciência de que os acontecimentos se passaram de variadas formas e em diferentes épocas, de modo que não cabe considerar a afirmação com excessivo rigor.

Nesta tese, essa característica vem referida como indivisibilidade *a priori*. Trata-se, nada mais do que isso, de um modo de disciplina normativa que institui o direito de propriedade como a mais ampla esfera de poderes jurídicos sobre um mesmo bem; um domínio indivisível *a priori*. Assim, nesse modelo, compete ao sujeito proprietário usar, gozar, fruir e dispor do bem conforme desejar e, até mesmo, dele abusar,<sup>28</sup> segundo alguns entendimentos mais remotos.

Diferentemente se passa<sup>29</sup> com as situações jurídicas de pertencimento medievais, em que um mesmo bem se sujeitava a sucessivas concessões de direitos reais<sup>30</sup> sobrepostas, num esquema de formas proprietárias definidas arbitrariamente e fragmentadas *a priori*. Quer dizer, o que hoje se entende como domínio sobre um mesmo bem (aquele poder jurídico de usar, gozar, fruir, reaver e dispor conforme desejar)<sup>31</sup> se desdobrava em múltiplos direitos reais que eram outorgados, conforme a conveniência dos senhores das terras, a diversos titulares.

GILISSEN fornece um exemplo desse tipo de situação, no excerto a seguir reproduzido:

Tomemos como exemplo uma parcela de terra dos arredores de Bruxelas: encontra-se no ducado de Brabante, feudo que o duque tem do Imperador; o duque de Brabante concedeu esta parcela a um dos seus vassalos (A), a título de feudo; este pode, por sua vez, ter concedido uma parte do seu feudo a um dos seus vassalos (B), como subfeudo, e assim por diante. Por fim, o último dos vassalos da hierarquia feudal concedeu a parcela em censo a um homem (D), para que este a cultive, mediante pagamento de um censo. Assim, o Imperador, o duque, o vassalo A, o vassalo B, o vassalo C, o censitário D, têm cada um um direito real em relação àquela parcela. Todos estes direitos reais são hereditários, perpétuos, oponíveis a terceiros [...].<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> A teoria do abuso de direito é referida pela literatura como uma das primeiras soluções para aproximar a propriedade moderna da sua utilidade social (i.e., para limitá-la em prol da utilidade social). Nesse sentido: ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional**. 2. ed., rev. e ampl., atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 132. Outra solução é a da servidão.

<sup>29</sup> Retome-se o pensamento de GROSSI, para quem as relações de pertencimento medievais são caracterizadas pela efetividade, pelo império dos fatos, sem preocupação com uma relação de validade em vista de formas jurídicas abstratas. Veja-se que, de certo modo, a diferença em face das relações de pertencimento modernas figura na estrutura de produção do direito, que antes não era centralizada no Estado.

<sup>30</sup> A expressão “direitos reais” deve aqui ser entendida como direitos (privilégios) concedidos pelos reis, ou como concessões reais. São direitos de cunho estamental, como lembra SARLET, “atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 41

<sup>31</sup> Cf., por exemplo, o art. 1.228 do Código Civil brasileiro: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 maio 2021.

<sup>32</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 642-643.

A partir do exemplo se nota imediatamente a complexidade desse regime de aproveitamento da terra, que neste caso vem explorada por uma cadeia de nada menos que seis titulares de concessões de direitos reais, todos hereditários, perpétuos e oponíveis a terceiros. A primeira concessão é a do feudo, cujo vassalo se obrigava à prestação de serviço militar e ao aconselhamento do senhor da terra; as demais concessões se encadeiam até terminar na concessão de um censo, que era concessão de terra de caráter fundamentalmente econômico. Competia ao censitário o cultivo da terra e a prestação, em espécie ou dinheiro, ao senhor da terra.<sup>33</sup>

Afora esses direitos reais, também poderia haver a concessão de muitos outros, e a estipulação de gravames, todos sobre a mesma porção de terra. GILISSEN se refere ao direito de caça, ao direito de pesca, às banalidades (“obrigação de fazer cozer o pão no forno do senhor”) e à dízima (direito real da Igreja de receber um décimo de toda produção do solo).<sup>34</sup> Ao final, o solo era trabalhado por um servo, e a renda obtida sustentava toda a cadeia concessória.

A esse modelo é que se contrapôs o da propriedade moderna, como reflexo de uma nova ordem das coisas, notadamente a derrocada do modo de produção feudal e a ascensão do liberalismo. Narra a literatura que as pretensões econômicas da burguesia nascente exigiam uma nova forma proprietária,<sup>35</sup> um instrumento “simples, funcional, amplamente protegido pelo e contra o Estado, que fosse eficiente no propósito da circulação de riqueza”.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 643

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 643.

<sup>35</sup> MARCELINO, Raphael. **O direito da propriedade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 16; FACHIN, **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 16.

<sup>36</sup> MARCELINO, Raphael. *Op. Cit.*, p. 16. Por outro lado, HESPANHA observava que esse modelo de propriedade se encontrava latente (hibernando) no discurso teórico dos juristas, e nele surgiu no século XVI com a segunda escolástica, antes mesmo das revoluções liberais: “A concepção moderna da propriedade, elaborada a partir do século XVI pelo pensamento neo-escolástico hispânico (De Soto, Vitória, Molina, Vásquez, Suarez), a partir da mundividência filosófica do nominalismo, representa uma ruptura decisiva de perspectivas em relação à tradição doutrinal escolástico-bartolista. O pensamento jurídico dos grandes mestres do direito comum estava dominado pela ideia duma grande ordem universal, da qual faziam parte os homens e as coisas, paritariamente integradas numa estrutura finalista dirigida ao *summum bonum*. Nesta ordem, as coisas tinham a sua própria espessura teleológica, a sua própria vocação ou utilidade naturais; isto assinava-lhes certas funções, tornava-as relativamente indisponíveis perante os projectos humanos e, sobretudo, predeterminava o tipo de relações em que elas podiam entrar. Cada coisa tinha as suas formas naturais de ser usada, as suas utilidades, e a cada uma dessas alternativas de uso correspondia um tipo de apropriação dela pelos homens, um estatuto dominativo, um ‘direito’ (mais no sentido objectivo do direito clássico — isto é, no sentido de estatuto, de situação jurídica — do que no sentido moderno de poder ou de faculdade de acção humana). Esta perspectiva realista (*ex parte rei*) dos direitos das coisas faz aparecer o pluralismo das situações jurídicas reais, conduzindo a uma concepção também pluralista do ‘domínio’, em que este assume tantas formas — com tantos conteúdos e repartidas por tantos sujeitos — quantas as ‘utilidades’ da coisa. Entre as várias modalidades de domínio não existe, portanto, uma hierarquia, pois todos os usos das coisas e as utilidades delas colhidas se encaixam, cada qual à sua maneira, mas no mesmo pé, na ordem



Evidentemente a construção do modelo da propriedade moderna não ocorreu de uma hora para a outra. A derrocada das formas proprietárias medievais foi antecedida de uma diminuição constante dos direitos reais de senhorio.<sup>37</sup> Aliás, o relato historiográfico é o de que os costumes, já a partir do século XIV, reconheciam o “tenente” (aquele que recebia a concessão da terra) como “verdadeiro proprietário, não sendo os direitos do senhor mais do que uma espécie de servidão que pesa sobre a terra”.<sup>38</sup>

Essas novas ideias contestavam os pesados encargos que recaíam sobre aqueles que efetivamente organizavam a produção e trabalhavam a terra. Eram ideias que se opunham ao regime de servidão. Pensava-se que a propriedade indivisível *a priori* “se apresentava como a que realizava do modo mais completo a eliminação formal dos privilégios”<sup>39</sup> das cadeias de concessões de direitos reais. Além disso, a mais recente percepção político-filosófica sobre a condição humana, sobre o governo, a igualdade e a liberdade, preconizava o modelo da propriedade plena, fundada no valor do indivíduo livre. Nesse discurso, o indivíduo era (é) “elevado à posição de sujeito unificador de uma nova sociedade”.<sup>40</sup>

Somou-se tudo isso e o resultado foi a concepção da propriedade indivisível *a priori*, que é aquela que consiste no “direito real prototípico”,<sup>41</sup> em que vigora a plenitude do poder jurídico do proprietário sobre o seu bem. Nesse modo de ser da propriedade, somente caberia o seu desdobramento, com atribuição de direitos reais limitados (derivados) a terceiros, em hipóteses restritas e estabelecidas na lei.<sup>42</sup>

---

do universo. Propriedade eminente, direito de usufruto, usufruto limitado (à habitação, v. g.), tudo são formas de domínio das coisas, dogmática e teoricamente colocadas no mesmo pé e eventualmente repartidas por vários titulares. Se, nesta concepção, há lugar para falar num *direito de propriedade*, ele é entendido como o complexo de todas as utilidades de uma coisa e dos poderes de uso correspondentes, e não como uma síntese de todos os poderes sobre as coisas de que um sujeito pode em abstracto dispor. [...]

Foi o individualismo moderno, surgido da influência da revisão da escolástica tomista pelo nominalismo de Duns Scotto e Guilherme de Occam, o responsável pela modificação desta perspectiva sobre a realidade e, conseqüentemente, dum novo recorte dos objectos do discurso dos juristas acerca das situações reais.” HESPANHA, António Manuel. *O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal. Análise Social*, v. XVI, 1980, p. 219-220.

<sup>37</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016., p. 645

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 645.

<sup>39</sup> RODOTÁ, Stefano. **El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada**. Trad. Luis Díez-Picazo. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019, p. 120, tradução livre.

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 255.

<sup>41</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 358.

<sup>42</sup> WALD fala sobre direitos reais serem *numerus clausus*, com o propósito de evitar as sobreposições medievais. Cf. WALD, Arnoldo. **Direito das coisas**. 4. ed. rev. ampl. e atual., com a colaboração de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, *passim*. A explicação, de cunho realista, é muito mais razoável do que aquela que se refere à oponibilidade *erga omnes a priori* dos direitos reais como justificativa para a previsão necessária por lei, porque somente a lei pode ser oponível *erga omnes*.

### 2.2.2 O domínio quase absoluto

Os autores que se dedicam a apresentar e a contrapor o modelo da propriedade moderna também afirmam que ele se caracteriza por reconhecer ao sujeito proprietário o domínio sobre o bem, o que significa o poder jurídico do sujeito proprietário de impor sua vontade sobre o bem apropriado, e de opô-la *erga omnes*.

Essa característica está intrinsecamente relacionada com o dogma da indivisibilidade *a priori* uma vez que, sendo unitária a propriedade, o sujeito proprietário concentra em si todo o domínio (poder jurídico) sobre o bem.

Não obstante, quando nesta tese se fala em domínio (tendencialmente) absoluto,<sup>43</sup> o que se pretende enfatizar não é mais a indivisibilidade da propriedade, mas a autonomia e a autodeterminação reconhecidas ao proprietário para exercer livremente a sua ação e a sua vontade sobre o bem apropriado, e mesmo a sua omissão (a propriedade moderna é “perpétua”, não se extingue pelo não uso), sem se sujeitar, ao menos não em maior medida, à interferência alheia ou à coerção externa.

É a acepção em que aparecem, aplicados à propriedade, os conceitos caricaturais de *liberdade positiva e liberdade negativa*, tão discutidos na teoria política e tão importantes para o individualismo liberal: de um lado, a liberdade caracterizada como autodomínio, interpretada como o desejo do ser humano de se assenhorar da própria circunstância, o que significa “*estar livre para*”<sup>44</sup> tomar decisões segundo a própria razão, com liberdade de querer; de outro lado, a liberdade caracterizada como não interferência, o “*estar livre de*” coerções externas, ou a liberdade de agir.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> No discurso jurídico moderno, propriedade (e não os demais direitos reais), empresa e direitos da personalidade são absolutos porque são oponíveis a todos; “porque não teriam como centro de interesses contraposto uma situação determinada, mas a generalidade dos membros da sociedade, todos igualmente gravados de um dever de abstenção e de não ingerência” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140-141). Outro sentido de “absoluto” é aquele que parte da premissa de que os “direitos reais são diretos nas coisas, somente nelas são exercitáveis, podendo ainda se dizerem absolutos, uma coisa não resiste à pretensão do sujeito.” ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional**. 2. ed., rev. e ampl., atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 86.

<sup>44</sup> BERLIN, Isaiah. Dois conceitos sobre a liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 226-272. Uma leitura didática realizada a partir do ponto de vista da ciência política (e do texto de Isaiah Berlin) pode ser encontrada em ELIAS, Maria Lígia G. Granado Rodrigues. Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa. **VIII Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política – ABCP**, 2012. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/02/isaiah-berlin-e-debate-sobre-liberdade-positiva-e-liberdade.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022. No campo jurídico, conferir MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 17 *et seq.*

MENEZES DE ALMEIDA explica a distinção teórica:

[...] é livre (no sentido negativo da palavra) o sujeito que possa fazer ou não fazer algo, sem que sofra obrigação ou impedimento externo, ou seja, sem que haja coerção. [...]

A liberdade positiva também pode ser dita “autodeterminação”, ou “autonomia”. Autonomia aqui deve ser tomada em seu sentido original, de dar a si mesmo, segundo a própria vontade, as normas que regem a própria conduta; ou, pelo menos, caso tais normas sejam postas por outros sujeitos, que a vontade nela contida coincida com a de seu destinatário.

Os qualificativos “negativa” e “positiva” justificam-se posto que a liberdade negativa ressalta a *falta* de impedimento ou restrição à ação, enquanto a positiva evidencia a *presença* de um atributo de força da vontade de um sujeito.<sup>46</sup>

Essa amplitude do domínio que caracteriza a propriedade moderna foi enunciada pela filosofia política de ideário contratualista e liberal. A literatura narra que o primeiro autor que concebeu uma formulação assim dogmática para o sentido da propriedade moderna foi LOCKE.<sup>47</sup>

LOCKE apresentou um primeiro delineamento da propriedade moderna quando postulou a existência de um estágio natural anterior à sociedade, em que os indivíduos viviam isolados e em luta constante pela sobrevivência, e que foi suplantado por um acordo social, cuja finalidade estaria em assegurar proteção aos direitos naturais das pessoas, notadamente a liberdade e a propriedade.<sup>48</sup>

O acordo social seria consubstanciado na lei, geral e abstrata, que era entendida como a proteção da liberdade e da propriedade dos cidadãos ante o arbítrio.<sup>49</sup> Nesse raciocínio, liberdade e propriedade são temas imbricados: LOCKE afirmava que cada um tem a propriedade de si mesmo, de sua própria pessoa, assim como do seu trabalho e do produto do seu trabalho; e essa propriedade de si asseguraria a liberdade (a rejeição à servidão) de autodeterminação. LOCKE reconhecia o direito comum das pessoas sobre a natureza, mas defendia que a remoção de um objeto do estado comum da natureza para acrescentar-lhe uma

---

<sup>46</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Liberdade de reunião**, p. 19-20. O autor seleciona um trecho muito didático da obra de Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, para explicar a distinção: “Melhor que qualquer outra consideração, o que permite distinguir nitidamente as duas formas de liberdade é a referência a dois sujeitos distintos de que elas são, respectivamente, o predicado. A liberdade negativa é uma qualificação da ação; a liberdade positiva é uma qualificação da vontade. Quando digo que sou livre no primeiro sentido, quero dizer que uma ação minha não se vê obstaculizada, e que portanto posso levá-la a cabo; quando digo que sou livre no segundo sentido, quero dizer que o meu querer é livre, ou seja, que não está determinado pelo querer de outros ou, genericamente, por forças estranhas a meu próprio querer.”

<sup>47</sup> DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**, 3. ed., tomo 1 (La règle de droit – Le problème de l’État). Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, 1927, p. 204-205.

<sup>48</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 132-133.

<sup>49</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 818.

utilidade mediante o trabalho de alguém resultava numa “mistura” que obrigaria reconhecer a propriedade individual dessa pessoa sobre o bem, “pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e em qualidade”.<sup>50</sup>

A propriedade individual das coisas era então considerada direito natural, concedido por Deus, fundada nos pressupostos do próprio trabalho e da abundância, e essas circunstâncias tornariam prescindível o consentimento expresso de todas as pessoas para uma apropriação individual, uma vez que não haveria prejuízo a ninguém. O exemplo era o da água em uma fonte. LOCKE indagava:

Ainda que a água que corre na fonte pertença a todo mundo, quem duvida que no cântaro ela pertence apenas a quem a tirou? Seu trabalho a tirou das mãos da natureza, onde ela era um bem comum e pertencia igualmente a todos os seus filhos, e a transformou em sua propriedade.<sup>51</sup>

LOCKE então se precavia da alegação de que qualquer um poderia tomar tudo para si, com prejuízo aos demais. Afirmava que Deus fez a doação de tudo em abundância, mas cada pessoa somente poderia usufruir dessa doação na medida em que retirasse uma vantagem para sua existência sem desperdício, e na medida do que o seu trabalho pudesse fixar como sua propriedade. “Tudo que excede a este limite é mais que a sua parte e pertence aos outros. Deus não criou nada para que os homens desperdiçassem ou destruíssem.”<sup>52</sup>

O problema mudava de figura quando LOCKE passava a tratar da “principal questão da propriedade atualmente”, que consistia na propriedade da terra. Segundo LOCKE, o trabalho e o cultivo da terra também a limitariam e a separariam do bem comum, permitindo a sua apropriação privada. Eis a explicação:

Quando Deus deu o mundo em comum a toda a humanidade, também ordenou que o homem trabalhasse, e a penúria de sua condição exigia isso dele. Deus e sua razão ordenaram-lhe que submetesse a terra, isto é, que a melhorasse para beneficiar sua vida, e, assim fazendo, ele estava investindo uma coisa que lhe pertencia: seu trabalho. Aquele que, em obediência a este comando divino, se tornava senhor de uma parcela de terra, a cultivava e a semeava, acrescentava-lhe algo que era sua propriedade, que ninguém podia reivindicar nem tomar dele sem injustiça.<sup>53</sup>

Contudo, isso se passaria num primeiro momento da vida em sociedade, quando a terra era abundante. Neste caso, “o direito que regia os homens favorecia a apropriação. Deus

---

<sup>50</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 58.

<sup>51</sup> Ibid., p. 99.

<sup>52</sup> Ibid., p. 100.

<sup>53</sup> Ibid., p. 101.

lhes ordenava trabalhar e a necessidade os forçava a isso.” Logo, o “trabalho constituía a propriedade; não se podia privá-los dela, uma vez que fixassem este trabalho em algum lugar.” Haveria um “elo entre o fato de subjugar e cultivar a terra e adquirir o domínio sobre ela. Um garantia o título do outro”. E a própria condição da vida humana e das suas necessidades “introduz forçosamente as posses privadas”.<sup>54</sup>

A peculiaridade estava em que, por convenção, o excesso de propriedade (isto é, mais terra do que era possível cultivar) pôde ser substituído por ouro e prata, de modo que se consentiu “com a posse desproporcional e desigual da terra”. Teria havido um “consentimento tácito e voluntário” entre as pessoas, que “descobriram e concordaram em uma maneira pela qual um homem pode honestamente possuir mais terra do que ele próprio pode utilizar”, “recebendo ouro e prata em troca do excesso, que podem ser guardados sem causar dano a ninguém.”<sup>55</sup> Retoma-se aí a importância da lei geral e abstrata, “pois nos governos as leis regulam o direito de propriedade, e a posse da terra é determinada por constituições positivas”,<sup>56</sup> e porque sem lei não há liberdade.

Segundo LOCKE,

A liberdade consiste em não se estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas; o que não pode ocorrer onde não há lei: e não é, como nos foi dito, uma liberdade para todo homem agir como lhe apraz. (Quem poderia ser livre se outras pessoas pudessem lhe impor seus caprichos?) Ela se define como a liberdade, para cada um, de dispor e ordenar sobre sua própria pessoa, ações, possessões e tudo aquilo que lhe pertence, dentro da permissão das leis às quais está submetida, e, por isso, não estar sujeito à vontade arbitrária de outra pessoa, mas seguir livremente a sua própria vontade.<sup>57</sup>

Nesse contexto, a “propriedade das coisas é uma manifestação externa – qualitativamente idêntica – da propriedade intra-subjetiva que todo eu tem de si mesmo e de seus talentos”.<sup>58</sup> Quer dizer, a propriedade é corolário do domínio do próprio sujeito sobre si mesmo e, nessa medida, imbrica-se com a liberdade. Isto é, a propriedade afirmada por LOCKE não é simplesmente a propriedade usual das coisas, mas a própria liberdade, a autodeterminação individual. É por isso que LOCKE chega a firmar que o principal fim da sociedade civil é “a preservação da propriedade”,<sup>59</sup> tomada aqui em sentido amplo.

---

<sup>54</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 102.

<sup>55</sup> Ibid., p. 111.

<sup>56</sup> Ibid., p. 111-112.

<sup>57</sup> Ibid., p. 115.

<sup>58</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Eranin Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12; ver LOCKE, John. Op. Cit., p. 102.

<sup>59</sup> LOCKE, John. Op. Cit., p. 132.

FONSECA explica a propriedade moderna e o seu caráter de propriedade-domínio, com clareza:

É exatamente nesse sentido que a dimensão “propriedade” nasce junto com a noção moderna de “liberdade”: expressar a liberdade é ao mesmo tempo expressar o *dominium* de sua própria personalidade – que é liberdade de traduzir a própria vontade abstrata nas expressões dominativas que lhe são congêneres. Dessa forma, o “ter” é algo que passa a ser fundamente de uma expressão da subjetividade, é algo que tem a capacidade de definir o “ser”. E esse *dominium*, como se pode prever, continuamente vai deixando de ser somente uma categoria essencial na interpretação das relações intersubjetivas (as relações com *meus* talentos, com *minhas* virtudes, com *minhas* fraquezas), mas o *dominium sui* vai progressivamente se afirmando também na sua relação com as coisas: o homem moderno é alguém que se expressa e se afirma como aquele que possui as coisas, no sentido de exercer sobre elas um domínio e um poder exclusivo.<sup>60 61</sup>

Essa concepção era informada pelo jusnaturalismo que dominou o pensamento jurídico na Europa ocidental até o início do século XIX. À luz dessa doutrina, violaria a natureza e a ordem divina das coisas postular que o indivíduo não é sujeito de si e de seus bens. Daí a ideia de quase absolutismo da propriedade, em que o raciocínio da soberania do rei, com seu domínio divino e incontrastável sobre o reino (seus súditos e as suas terras), foi transferido para a narrativa da liberdade do indivíduo e da propriedade individual.

Alude-se a um “quase absolutismo” porque o exercício do domínio pelo proprietário se encontrava limitado pela lei. Era essa a diferença substancial entre as propriedades medievais e a propriedade moderna, do ponto de vista das suas limitações:

---

<sup>60</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuário Mexicano de História del Derecho*, v. XVII, 2005, p. 97-112. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/issue/view/1653>. Acesso em: 24 abril 2018, p. 102-103. No mesmo sentido: “A mais alta exteriorização da personalidade do indivíduo era o gozo pacífico, seguro e absoluto da propriedade.” ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional**. 2. ed., rev. e ampl., atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 43.

<sup>61</sup> Especula-se que aí reside (i.e., nessas premissas filosóficas) uma origem para o uso, de certo modo indiscriminado, das palavras “propriedade” e “domínio” como sinônimos por boa parte da literatura. A origem está na construção da narrativa da propriedade-domínio, liberdade quase absoluta do indivíduo sobre si e sobre seus bens. FACHIN lembra que a doutrina indaga sobre o sentido etimológico do termo “propriedade”, aludindo aos termos “proprius” e “domare”, do latim. Cita DINIZ: “‘Para uns, o vocábulo vem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pretende uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria numa acepção ampla toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo. Outros entendem que o termo ‘propriedade’ é oriundo de *domare*, significando sujeitar ou dominar, correspondendo a ideia de *domus*, casa, em que o senhor da casa se denomina *dominus*. Logo, domínio seria o poder que se exerce sobre as coisas que lhe estiverem sujeitas’. Esta segunda acepção, como se nota, é, originariamente mais restrita muito embora, atualmente, o emprego das palavras ‘propriedade’ e ‘domínio’ se faça sem muito discrimen. Em síntese, o sentido dos termos, tanto do conceito em si quanto do termo ‘propriedade’, passa a ter relevância à medida que se desvendam os elementos históricos que lhes dão substrato.” FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. **Revista dos Tribunais**, v. 621, p. 16-39, jul./1987, disponível em Revista dos Tribunais Online, s.p., citando DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 4.º/85.

enquanto aquelas eram (de)limitadas pelo arbítrio do soberano, esta era garantida pela lei geral e abstrata, e somente a lei poderia estabelecer limites ao seu exercício (e não ao seu conteúdo abstratamente previsto).<sup>62</sup> A igualdade entre os indivíduos era, desse modo, objetivada na lei. Substituíam-se o príncipe pelo princípio.<sup>63</sup>

Aliás, a literatura mais recente interpreta que o domínio do proprietário individual era referido como absoluto pelos autores e pela legislação que adotavam o modelo da propriedade moderna apenas porque se buscava reforçar o direito individual de propriedade em face do poder político.<sup>64</sup>

### 2.2.3 A formulação jurídica geral e abstrata

Essas duas elaborações filosófico-políticas, a da propriedade indivisível *a priori* e a do domínio (quase) absoluto do sujeito proprietário, foram traduzidas em fórmulas jurídicas.

O maior exemplo dessas fórmulas é extraível dos dois diplomas jurídico-políticos sempre referidos pela literatura como assumindo inovadoramente o modelo da propriedade moderna. Fala-se da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e do Código Civil francês, de 1804, produzidos como consequência da Revolução Francesa.

Não significa dizer que somente o direito francês contribuiu para o delineamento do modelo da propriedade moderna, mas que esses diplomas franceses, assim como as escolas jurídicas que preconizavam a dogmática, tiveram papel fundamental.<sup>65</sup>

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirmou a existência de direitos “naturais, inalienáveis”, “sagrados” e “imprescritíveis” dos homens, os quais “nascem e se desenvolvem livres e iguais em direitos.” Segundo a Declaração, “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos imprescritíveis do homem” (art. 2º), dentre os

---

<sup>62</sup> É o que observa Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (**Liberdade de reunião**, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 22), quando examina o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cuja redação é a seguinte: “Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique os outros: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites apenas podem ser determinados pela Lei.”

<sup>63</sup> A expressão foi referida pelo Professor Jacintho Nelson de Miranda Coutinho em aula da graduação do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná no ano de 2006. Supõe-se que a referência derive da citação de ORTEGA Y GASSET, “é inconsequente guilhotinar o príncipe e substituí-lo pelo princípio”, da obra “El tema de nuestro tempo”, de 1934, que a candidata encontrou em BARROS, Juliano Napoleão. É inconsequente substituir o príncipe pelo princípio: breves considerações sobre a crítica de José Ortega y Gasset ao racionalismo revolucionário francês. **Jus Navigandi (Online)**, v. 13, p. 2222, 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13265/e-inconsequente-substituir-o-principe-pelo-principio>. Acesso em: 20 jul. 2018.

<sup>64</sup> MARCELINO, Raphael. **O direito da propriedade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 15; VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 135.

<sup>65</sup> Lembre-se, ao lado da escola francesa da exegese, a escola alemã do pandectismo.

quais figurou o direito de propriedade, no art. 17, assumido como “um direito inviolável e sagrado”.<sup>66</sup>

A inspiração era profundamente jusnaturalista e jusracionalista. A Declaração preconizava que “O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites não podem ser estabelecidos senão pela lei” (art. 4º).

Isso também se passou com o Código Civil francês de 1804 (o conhecido Código de Napoleão), que se seguiu à Declaração. A formulação jurídica geral e abstrata da “propriedade” do Código demonstrava a preocupação dos legisladores com os poderes jurídicos do proprietário individual, e não com a realidade objetiva das propriedades, os distintos bens e as suas utilidades.<sup>67</sup> Deste ponto de vista, o Código apenas distinguia os bens móveis e os bens imóveis, no art. 526, além da propriedade intelectual. O foco era a propriedade plena e absoluta (“unitária e absoluta”)<sup>68</sup> do indivíduo.

Nesse sentido, o art. 544 do Código previu que “A propriedade é o direito de fruir e dispor dos bens materiais da maneira mais absoluta, a não ser que o uso seja proibido pelas leis ou regulamentos”, e o art. 526 listou os direitos reais limitados (usufruto, servidões e hipoteca).<sup>69</sup>

Essas formulações jurídicas da propriedade foram delineadas com recurso ao direito romano (daí as já referidas denominações da propriedade moderna como “propriedade napoleônica-pandectística” ou “propriedade clássica”), e ressoaram na cultura jurídica ocidental, inclusive a brasileira.

---

<sup>66</sup> FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 17 nov. 2021. Tradução livre.

<sup>67</sup> PORTALIS, que desempenhou importante papel na comissão juristas que elaborou o Código (integrada também por Tronchet, Maleville e Bigot-Prémeneau), dizia que “Consagra-se o Código Civil a definir a amplitude do exercício do direito de propriedade, direito fundamental sobre o qual repousam todas as instituições sociais” (tradução livre), tamanha era a relevância atribuída à propriedade. PORTALIS, Jean Etienne Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil**. Disponível em: [https://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf). Acesso em: 20 jun..2002, tradução livre; e BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 71.

<sup>68</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil* francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de Informação Legislativa** n. 198, p. 59-88, abr./jun. 2013, p. 71; DANTAS, Bruno. Tipicidade dos direitos reais. **Revista Jurídica da Presidência** n. 121, p. 439-463, jun./set. 2018, p. 450.

<sup>69</sup> FRANÇA. **Código Civil Francês de 1804**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/textelc/LEGITEXT000006070721/1804-03-29>. Acesso em 22 abr. 2020. Tradução livre.



Os romanos concebiam a propriedade (notadamente a chamada propriedade “quiritária”<sup>70</sup>) a partir da descrição dos poderes titularizados pelo proprietário no exercício do seu domínio. A proposta romana não era dogmática, mas prática; os romanos não pretendiam fazer ciência, e a postura científica não correspondia ao seu modo de ser.<sup>71</sup> Não obstante, os juristas do Código de Napoleão conferiram à propriedade romana, tal como fora transmitida pelos juristas medievais,<sup>72</sup> um tratamento científico e dogmático, geral e abstrato, muito vinculado à ideia de domínio, que se reproduziu nos Códigos modernos.

MARCELINO explica:

O modelo clássico de domínio tende a definir o direito de propriedade com base nos atributos e prerrogativas de que dispõe o titular do domínio. Tanto autores clássicos, quanto outros contemporâneos, com algumas variações, com a referência do texto do Código Civil, trazem definições muito semelhantes ao conceito romano consubstanciado na expressão: *dominium est ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur*.<sup>73</sup>

A propósito, existem autores que afirmam que o recurso ao direito romano depurado pelos juristas medievais consistiu em estratégia para fazer valer uma determinada pretensão das classes burguesas emergentes entre os séculos XVIII e XIX na Europa ocidental, que teria

---

<sup>70</sup> “O direito romano distinguiu duas espécies de propriedade: a quiritária, protegida pelo direito civil, e a pretoriana baseada em criação jurisprudencial dos magistrados. A primeira recaía sobre bens imóveis situados em solo itálico cujos titulares fossem cidadãos romanos. Transmitia-se por atos solenes, como a *mancipatio* e a *in iure cessio*, e correspondia a uma espécie de soberania territorial, constituindo uma esfera jurídica fechada dominada pelo *pater familias*, cuja autoridade inicialmente não sofria restrições. A ordem jurídica do Estado não penetrava nos limites da *domus*, gozando a propriedade quiritária inclusive de imunidade fiscal, pois a cobrança do imposto seria uma diminuição à onipotência do chefe de família. [...] A própria terminologia revela a situação jurídica existente. A palavra *dominium* encerra em si, simultaneamente, as ideias de propriedade no sentido econômico e de poder político ou chefia do grupo (*dominus* significando chefe, senhor).” WALD, Arnoldo. **Direito das coisas**. 4. ed. rev. ampl. e atual., com a colaboração de Alvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 95.

<sup>71</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Responsabilidade civil do Estado*. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos; e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Tratado de direito administrativo: controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 228.

<sup>72</sup> “Quando os romanistas ou mesmo os civilistas observam a conceituação da propriedade em seus dois aspectos [*proprietas* e *dominium*], eles estão a analisar não os textos romanos, e sim as glosas da Idade Média. Tanto é assim, que inexistente pacificidade na conceituação, pois enquanto vemos Marquy apresentar um conceito textual de propriedade, romanistas da estatura de Eugene Petit, dizem não encontrar um conceito claro de propriedade no Direito Romano. [...]

É na Idade Média que os conceitos são confundidos e misturados pelos glosadores, que, ao tratar da *vindicatio utilis* e *vindicatio directa*, racham em dois o domínio que é uno e exclusivo, para criar o domínio útil e o domínio direto, sendo que este último é o que corresponderia às características da *proprietas* romana, conforme San Tiago Dantas.

O direito privado romano, na lição de Bobbio, que sempre foi um direito positivo, é absorvido pelos glosadores como um direito natural, para ser completamente trabalhado e alterado para sua positividade e, já alterado, retorna à condição de direito positivo, principalmente a partir do século XIX.” ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional**. 2. ed., rev. e ampl., atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 90-92.

<sup>73</sup> MARCELINO, Raphael. **O direito da propriedade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 20.

consistido em imprimir à propriedade moderna uma estrutura simples e ampla o suficiente para facilitar a circulação da riqueza.<sup>74</sup> Era a propriedade unitária, plena, absoluta; a propriedade-domínio.

### 2.3 A PROPRIEDADE MODERNA COMO PONTO DE PARTIDA

É esse o modelo de propriedade que vigora, *mutatis mutandis*, nos códigos modernos e na cultura jurídica ocidental. E é essa a resposta que se oferece quando se questiona, nesta tese, “Qual propriedade?”: a propriedade moderna, isto é, um modelo de pensamento (uma mentalidade com ares de instituição) traduzido em um modelo de disciplina normativa das relações de pertencimento que se tornou predominante e que constitui, com significativo consenso, o “meu jurídico”.

Esse modelo se caracteriza pela elevada abstração e pela preponderância do sujeito proprietário individual e dos poderes jurídicos que exerce sobre um determinado bem, objeto de pertencimento, em face desse mesmo bem e das suas características concretas. Além disso, esse modelo valoriza o poder proprietário em bloco, aprioristicamente indivisível e, na maior medida possível, não limitado, dominador. É um modelo que resulta de “bem definidas escolhas ideológicas”, como pontua GROSSI,<sup>75</sup> e que conduziu à elaboração de outro modelo: o da desapropriação moderna.

---

<sup>74</sup> MARCELINO, Raphael. **O direito da propriedade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 16.

<sup>75</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernanin Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 36. No mesmo sentido: “A segunda perspectiva do individualismo, directamente mergulhada nas doutrinas utilitaristas, conduz-nos ao individualismo possessivo ou proprietarista: o indivíduo é essencialmente o proprietário da sua própria pessoa, das suas capacidades e dos seus bens, e daí que a capacidade política seja considerada como uma invenção humana para protecção da propriedade do indivíduo sobre a sua pessoa e os seus bens. Consequentemente, para a manutenção das relações de troca, devidamente ordenadas entre indivíduos, estes eram considerados como proprietários de si mesmos. Trata-se, no fundo, do individualismo ideológico do liberalismo económico.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 256

### 3 QUAL DESAPROPRIAÇÃO?

A literatura observa que a desapropriação nasce com a propriedade moderna.<sup>76</sup> Essa observação tem fundamento e procedência. Um modelo específico de desapropriação nasce com a propriedade moderna, vinculado às suas características da indivisibilidade *a priori* e do domínio quase absoluto, referidas no capítulo supra.

Nesse modelo, a desapropriação é considerada pelo ordenamento jurídico à luz da propriedade unitária e plena e vem referida, muitas vezes, como uma agressão ao domínio individual do proprietário, embora outras vezes seja referida como garantia da propriedade contra intervenções do poder público.<sup>77</sup>

Esta segunda acepção decorre da integração, no modelo jurídico da desapropriação moderna (e como corolário do Estado de Direito), da previsão em lei e do pagamento de justa e prévia indenização ao sujeito expropriado.<sup>78</sup>

#### 3.1 A PROPRIEDADE MODERNA E A DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação moderna é concebida como a privação total do bem expropriado, ou do domínio do proprietário sobre esse bem. Assim como a propriedade moderna, que foi pensada para a propriedade unitária e plena das terras na Europa ocidental, a desapropriação moderna se dirige originalmente à propriedade das terras e demais bens de produção ditos “imóveis”, que consistiam nos bens mais valiosos daquele contexto europeu ocidental.

---

<sup>76</sup> MEDAUAR, Odete. **Destinação dos bens expropriados**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986, p. 34.

<sup>77</sup> “Sem embargo, se se examina mais de perto a legislação de desapropriação se adverte a substancial impropriedade de reconstruí-la para apresentá-la como uma forma de compressão da situação dominial. Já no século passado, ao questionar a diversa incidência da legislação especial sobre a plenitude dos poderes do proprietário, alguns estudiosos propensos a ver por onde quisessem ‘atentados’ à propriedade admitiam que a disciplina da desapropriação representava mais bem um complexo de garantias oferecidas aos proprietários, à diferença de outras leis em que a razão da limitação se encontrava no interesse público [...]. Na realidade, as normas gerais sobre a desapropriação por causa de utilidade pública podem ser apresentadas razoavelmente como um capítulo do discurso sobre a inviolabilidade do direito de propriedade (sobre imóveis). Na transição desde o *ancien régime* às novas estruturas jurídicas, estas normas serviram precisamente para limitar de modo rigoroso as possibilidades de intervenção dos poderes públicos, que na época anterior se haviam manifestado com uma extensão muito diferente.” RODOTA, Stefano. **El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada**. Trad. Luis Díez-Picazo. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019, p. 119, tradução livre.

<sup>78</sup> “A última das regras básicas de um Estado de Direito está constituída pelo princípio da garantia patrimonial, que, em essência, supõe que os particulares têm direito a manter a integridade do valor econômico do seu patrimônio frente às privações singulares de que este pode ser objeto por parte dos poderes públicos”. ARIÑO-ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público económico. Modelo de estado, gestión pública, regulación económica**. Peru: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 91, tradução livre.

Daí a tradição francesa, por exemplo, de adotar a desapropriação somente para bens imóveis (e patentes industriais);<sup>79</sup> e mesmo a legislação brasileira, que até a vigência do Decreto 4.956/1903 previa a desapropriação para bens imóveis, sem tratar indistintamente de todos os bens, como fizera o Decreto-Lei 3.365/1941.<sup>80</sup>

### 3.1.1 O conceito moderno de desapropriação

Na modernidade, conceitua-se a desapropriação como a retirada imperativa ou compulsória da propriedade pelo Estado, mediante pagamento de indenização, com o propósito de destinar o bem expropriado a uma finalidade pública ou de interesse social. É este o conceito apresentado pela generalidade dos autores que em alguma medida se vinculam à concepção moderna de propriedade.

O conceito vem acompanhado de outros raciocínios que evidenciam o apego ao modelo da propriedade moderna. Assim, por exemplo, fala-se que os limites à desapropriação decorrem do direito natural de propriedade, ou que a desapropriação atinge o caráter perpétuo da propriedade.<sup>81</sup>

Outro dado relevante consiste na referência comum a que o Estado é quem desapropria e quem destina o bem a uma finalidade pública ou de interesse social, objetivada na lei, que impera sobre a vontade individual. Isto é, a única exceção ao direito de propriedade, natural e absoluto, pleno e unitário, consistiria na desapropriação, na sua acepção moderna, a qual jamais se operaria pela arbitrariedade de um rei, mas sim pela obrigatoriedade da lei.

---

<sup>79</sup> O Código francês de desapropriação por utilidade pública, na redação ora vigente, prevê a desapropriação de bens imóveis e direitos reais imobiliários (art. L-1). FRANÇA. **Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique**. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc /LEGITEXT000006074224/2002-02-28/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc /LEGITEXT000006074224/2002-02-28/). Acesso em: 04 jan. 2022. Já o Código francês da propriedade intelectual prevê a desapropriação de invenções (art. L613-20 e art. R613-40 e seguintes). FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle**. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069414?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VI GUEUR\\_DIFF](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069414?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VI GUEUR_DIFF). Acesso em: 04 jan. 2022. Sobre o tema da desapropriação no direito francês, em 1986, Odete MEDAUAR lecionava: “Somente os bens imóveis, os direitos reais imobiliários e as patentes de invenção que interessam à defesa nacional são suscetíveis de desapropriação; não podem ser expropriados os bens móveis, os bens do domínio público e as embaixadas ou consulados” (**Destinação dos bens expropriados**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986, p. 39).

<sup>80</sup> BRASIL. **Decreto 4.956, de 9 de setembro de 1903**. Aprova o regulamento de consolidação e modificação do processo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1900-1909/D4956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1900-1909/D4956.htm). Acesso em: 25 maio 2020; BRASIL. **Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

<sup>81</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 283.

### 3.1.2 A alusão a outros modelos de desapropriação

Nesse modelo de pensamento (nessa mentalidade), há autores que rejeitam a alcunha de “propriedade” para relações de pertencimento distintas da propriedade moderna, tais como as posses e concessões reais, assim como também rejeitam a designação de “desapropriação” para mecanismos jurídicos que extinguem essas relações de pertencimento.

Não obstante, a elevada abstração da propriedade moderna, com sua elasticidade característica, permitiu que os autores brasileiros da época do Império traduzissem como propriedade as posses e concessões, invocando a desapropriação para sua extinção, fundada no domínio eminente do rei.<sup>82</sup> E até hoje existem autores que, invocando em alguma medida a propriedade e a desapropriação modernas, sustentam que a disciplina jurídica expropriatória é aplicável a situações tais como a extinção das concessões (encampações) e outras práticas estatais que impõem prejuízos patrimoniais.

Outros modelos de “desapropriação” ainda poderiam ser cogitados. A literatura jurídica brasileira se refere à venda coata, prevista nas Ordenações Filipinas, no Livro IV, Título XI, como uma desapropriação rudimentar.<sup>83</sup> Ela consistia em exceção à regra geral que proibia vendas compulsórias, e era aplicável na hipótese estrita de venda de um “mouro cativo” para resgate de um “cristão cativo”.<sup>84</sup> Aliás, existem autores de direito civil que aludem à desapropriação como uma “alienação compulsória”, enfatizando a posição do proprietário, e não a atuação estatal.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Na contemporaneidade, a denominação utilizada para a retomada de concessões (que já não coincidem com as concessões de privilégios reais) é “encampação”. Eis a explicação da literatura sobre as concessões reais: “As concessões, no início do absolutismo, tinham por finalidade ser menos um mecanismo de consecução de finalidades de interesse geral e mais um vetor de arrecadação de receitas (via pagamento de cânones) ou de arranjo político (angariando apoio mediante prebendas) em benefício do soberano. Associada à ideia de privilégio realengo e de trespasse de prerrogativas, estava a concessão também ligada à noção de exclusividade, de exercício de prerrogativas em exclusão aos demais súditos (particulares). [...]”

A partir do final do século XV, e em especial no curso do século XVI, o incremento do comércio e a dinamização da vida urbana colocaram para o soberano novos desafios, para cujo enfrentamento o instituto da concessão foi útil. De fato, o poder já concentrado no âmbito do absolutismo foi desafiado a respaldar as atividades mercantis e viabilizar o acesso a novos mercados e produtos, além de ser demandado a favorecer as rotas comerciais que se consolidavam. O instituto da concessão, então, passou a ser utilizado em dois sentidos.

De um lado, a concessão servia para proteger atividades econômicas e para realizar a exploração das colônias ultramarinas. De outro, era crescentemente utilizada para envolver os particulares na construção e na preservação de infraestruturas de uso comum, especialmente de transportes, destacando-se aí rotas e canais.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

<sup>83</sup> CAVALCANTI, por exemplo, trata da desapropriação como “venda forçada”. Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**, v. III, 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, p. 82.

<sup>84</sup> PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p789.htm>. Acesso em: 17 nov. 2021.

<sup>85</sup> WALD, Arnoldo. **Direito das coisas**. 4. ed. rev. ampl. e atual., com a colaboração de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 150.

### 3.1.3 O valor da legalidade

A imposição de limites à desapropriação aparece como uma primeira garantia do direito de propriedade desde a já referida Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que no art. 17 afirma: “como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.<sup>86</sup>

A limitação diz respeito ao valor decisivo conferido à legalidade no ideário liberal moderno, à sua função de objetivar as decisões sociais quanto ao exercício da liberdade para garantir a liberdade, e assim objetivar o exercício dos poderes públicos.

MEDAUAR explica:

Na sua concepção originária [o princípio da legalidade] vincula-se à separação de poderes e a todo o conjunto de ideias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista. Contra o arbítrio da vontade pessoal do monarca, impunha-se a segurança da disposição impessoal e abstrata da lei. [...].

Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí o sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido na concepção primeira do princípio da legalidade administrativa.<sup>87</sup>

Nesse âmbito, a preocupação liberal é notadamente a de não interferência (liberdade negativa), ou não intervenção estatal. Com isso, estabelecem-se as “liberdades públicas”, as quais, “no seu sentido político, nasceram como limites aos poderes estatais, com a garantia de uma área de ação exclusiva dos indivíduos, e de meios pelos quais os indivíduos possam impedir ações abusivas” do Estado.<sup>88</sup>

Não significa dizer que o ideário liberal prescindiu de toda e qualquer consideração sobre as necessidades públicas ou da coletividade. Muito ao contrário.

---

<sup>86</sup> FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 17 nov. 2021.

<sup>87</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 166. MENENEZES DE ALMEIDA se refere à posição nuclear da legalidade e do sistema da separação de poderes como pilares da visão liberal. E acrescenta: “Visão liberal, mas não inevitavelmente democrática, o que permite compreender que a consolidação desse modelo decorrente da revolução tenha se dado na França sob o comando de Napoleão Bonaparte.” Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 86, citando Michel Verpeaux.

<sup>88</sup> Idem, **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 31.

A consideração da coletividade é ínsita ao raciocínio da limitação do exercício individual da liberdade e da previsão dos poderes estatais. É para viver bem e com segurança, em sociedade, que esses limites são estabelecidos. Com efeito, embora predomine, no ideário liberal clássico, o individualismo, não se desconsidera que o indivíduo esteja integrado à comunidade e que o bem-estar geral, ou o bem-estar de todos (e não apenas o bem-estar individual de cada um) deve ser prestigiado. O foco na satisfação e na utilidade individuais (“união íntima entre o destino da coisa e a vontade do homem”<sup>89</sup>), tônica da propriedade moderna, não significa o prejuízo da satisfação e da utilidade coletivas.

A evidência está na própria redação dos códigos liberais. O referido art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, acima reproduzido, assumiu explicitamente o cabimento da privação da propriedade “quando a necessidade pública” estabelecida na lei o exigir. O art. 545 do Código de Napoleão, por sua vez, previu que “Ninguém pode ser obrigado a ceder sua propriedade, senão por razão de utilidade pública, e mediante uma justa e prévia indenização”.<sup>90</sup>

A literatura muito se debateu para buscar definir e diferenciar as expressões “necessidade pública” e “utilidade pública”, que se repetem no direito positivo brasileiro (assim como a expressão “interesse social”).<sup>91</sup>

Não é propósito desta tese construir uma sistematização para a questão, e nem mesmo questionar o significado das expressões. À luz do direito positivo, a necessidade pública e a utilidade pública (e o interesse social) serão definidos com recurso ao próprio ordenamento; de outra forma, a questão deixará de ser propriamente jurídica para alcançar os campos da filosofia, da sociologia e da política.

O que se pretende é assentar que a previsão do direito de propriedade, mesmo no modelo individualista da propriedade moderna, tem uma utilidade social, que é aquela subjacente à legalidade (a convivência em sociedade);<sup>92</sup> ou, dito de outro modo, que a propriedade individual moderna é estabelecida visando a uma utilidade social, que consiste na garantia da segurança e da subsistência de cada um. Esse modelo, é verdade, não impõe obrigações positivas aos proprietários, que não são considerados obrigados a desempenhar seus

---

<sup>89</sup> DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 18.

<sup>90</sup> FRANÇA. **Código Civil Francês de 1804**. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721/1804-03-29](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/1804-03-29). Acesso em 22 abr. 2020. Tradução livre.

<sup>91</sup> Ver, por exemplo, as definições de MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 14. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 508.

<sup>92</sup> Encontra-se aqui o próprio fundamento do Direito.

poderes jurídicos em prol da sociedade; mas isso não significa dizer que a questão social é simplesmente ignorada. Ao contrário, quando se examinam os textos dos juristas mais próximos dessa concepção (do Império brasileiro, por exemplo), há reiteradas referências à propriedade individual como motor de incentivo da indústria e do progresso social.

### 3.1.4 A questão da utilidade social

Em suma, o Direito assegura o uso e a fruição privativos de um bem pelo indivíduo porque reconhece a sua utilidade à sociedade. Esse dado é pressuposto no pensamento liberal moderno. Não há desarmonia entre a utilidade individual e a utilidade social.

A desarmonia aparece quando o exercício do direito é inútil para os fins a que se destina e que o legitimam, os quais, no modelo da propriedade moderna, são francamente individuais, porque a valorização da posição do indivíduo é o pilar dessa perspectiva.

Foi a partir disso que se desenvolveu a teoria do abuso de direito,<sup>93</sup> como limitação negativa ao exercício do direito de propriedade. O tema é explorado por GRAU, que alude a um “art. 40 da Declaração dos Direitos do Homem”, o qual coibiria os abusos de direito, para afirmar: “A concreção do princípio opera-se, aí, na imposição de obrigações de *não fazer* ao proprietário. [...] A primeira concepção, negativa, é coerente com a ideologia do Estado Liberal.”<sup>94</sup>

Há um problema na citação, uma vez que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, contempla 17 artigos, não existindo um artigo 40; por outro lado, a Declaração trata de abuso de direito somente no art. 11, que trata da liberdade de pensamento e de opinião.

Não obstante, GILISSEN explica o recurso à teoria do abuso de direito, em meados do século XIX:

---

<sup>93</sup> “A teoria do ‘abuso de direito’ que se desenvolveu, sobretudo no século XIX e início do século XX (apesar de fundada no Direito romano), em meio à doutrina privatista, é útil para caracterizar essa primeira hipótese delimitação ao exercício de direitos.” MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Liberdade de reunião**, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 232.

<sup>94</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010 p. 249-250. Em outro texto, de Milton Flávio de Almeida Camargo LAUTENSCHLÄGER, citando Paulo Nader, há referência às “Máximas Gerais do Direito francês”, que reprimiriam “o uso antissocial da propriedade, fato que, por si só, comprova um reconhecimento, ainda que limiar, do abuso do direito. O art. 420 daquele texto estabelecia: ‘não é permitido a qualquer pessoa fazer em sua propriedade o que não lhe der serventia e prejudicar outros.’” Cf. Abuso de direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/478/edicao-1/abuso-de-direito>. Acesso em: 09 mar. 2022.



A propriedade é individual; na época do *Code*, o pai de família é “bom” se se torna proprietário e deixa bens aos filhos. Três quartas partes dos artigos do *Code* esta propriedade que é, sem que isso se diga, essencialmente concebida como a de um indivíduo e não como de um grupo ou de uma coletividade; e este indivíduo o proprietário pode fazer dela o que muito bem lhe pareça. O que resta de seu passado em 175 anos? A teoria do abuso de direito impôs a relatividade do direito de propriedade: desde uma célebre decisão de Colmar, nos meados do século XIX, o proprietário deixou de poder abusar do seu direito em detrimento de outrem.<sup>95</sup>

A questão muda um pouco de figura quando a expressão “utilidade social” é encontrada nos ensinamentos de Léon DUGUIT, cujo pensamento será retomado ao final desta tese.<sup>96</sup> A diferença fundamental está no reconhecimento de que a ênfase na satisfação individual pode não ser suficiente para propiciar a utilidade social visada pela regra de direito. Nesse sentido, também é GILISSEN quem recorda que, desde as revoluções liberais, “muitas outras formas diferentes de propriedade se desenvolveram”; as fortunas individuais se tornaram raras, as terras estão cada vez mais repartidas e a economia está cada vez mais distribuída nas mãos de grupos e coletivos.<sup>97</sup> DUGUIT observou esses movimentos e construiu sua teoria, sem, contudo, rejeitar a utilidade individual da propriedade e o valor da legalidade.

## 3.2 A DESAPROPRIAÇÃO MODERNA E OUTRAS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS EVENTUALMENTE RELACIONADAS

Definida a desapropriação na sua acepção moderna, compete distingui-la de outras construções teóricas com as quais porventura possa ser confundida e que, eventualmente, também têm como premissa o modelo da propriedade moderna.

### 3.2.1 Desapropriação e limitações da propriedade

A chamada propriedade limitada é consectária da propriedade moderna indivisível *a priori*. Só faz sentido falar em propriedade limitada se se parte do pressuposto de que a propriedade, em seu modo de ser original, é íntegra ou não dividida.

A primeira limitação já veio acima referida: trata-se da teoria do abuso de direito. Essa limitação jurídica é de caráter geral e atinge o exercício do direito de propriedade. Isto é, embora o direito de propriedade exista para alguém, é o exercício do direito que configura, num

<sup>95</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 537.

<sup>96</sup> DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**, t. 1 e 2. Paris: Fontemoing, 1911, *passim*.

<sup>97</sup> GILISSEN, John. Op. Cit., p. 537.

determinado caso concreto, um ilícito, porque o ordenamento jurídico atribuiu a esse exercício uma sanção.

MENEZES DE ALMEIDA exemplifica com o abuso do direito de liberdade:

Suponha-se que, valendo-se de sua liberdade de manifestação do pensamento, alguém incida em alguma hipótese legal de crime de racismo. Neste caso, apesar de, em tese, se estar exercendo uma liberdade, no exercício dessa liberdade configura-se um ilícito. A eventual ordem judicial de apreensão de um livro, ou disco, que comporte prática de racismo não será censura (como restrição do exercício lícito de uma liberdade), mas será repressão a ilícito.<sup>98</sup>

Transportando o raciocínio para o direito de propriedade, imagine-se a hipótese de ausência de aproveitamento de um bem imóvel. Em tese, essa conduta é assegurada ao proprietário; corresponde a um poder jurídico que integra o seu direito de propriedade. Contudo, o ordenamento jurídico pode prever sanção para o não uso ou a não edificação (como de fato a legislação brasileira o prevê). Neste caso, o não aproveitamento (ou o exercício abusivo do direito de propriedade) poderá ser reprimido, na condição de ato ilícito, e isso constitui uma limitação (em sentido amplo) ao exercício do direito de propriedade.

Veja-se que nessa hipótese não existe nenhuma restrição da essência, se se pode dizer assim, do direito de propriedade na sua acepção moderna. O núcleo da propriedade moderna consiste na utilidade individual, que permanece garantida. No caso exemplificado, não se está restringindo a utilidade individual, de modo a privá-la; mas reprimindo o exercício “anormal” do direito de propriedade,<sup>99</sup> destinado a obter uma utilidade individual abusiva ou proibida (por exemplo, a retenção especulativa do imóvel).<sup>100</sup>

Outras espécies de limitações são aquelas que resultam da reorganização ou do desdobramento dos poderes jurídicos em tese intrínsecos à propriedade moderna, seja por ato de vontade do proprietário, por imposição dos direitos da vizinhança ou pelo estabelecimento de limitações de ordem administrativa, impostas direta ou indiretamente pelo poder público sobre o bem apropriado.

<sup>98</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 233. O autor prossegue: “Nem da norma que assegura a liberdade de reunião decorre que se possa praticar o racismo, nem da norma que proíbe o racismo decorre que não seja lícito reunir-se. [...] Frise-se: a situação caracterizada como abuso de direito não abrange a prática de conduta enquadrada na essência do direito (no caso da liberdade de reunião, o ‘reunir-se pacificamente, sem armas’), mas sim a prática de atos simultâneos e possivelmente correlatos a essa conduta, qualificados como ilícitos por previsão de outra norma” (cit., p. 234-235).

<sup>99</sup> A literatura alude ao “princípio da normalidade” do direito de propriedade, que importa limitação de caráter geral ao seu exercício. GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. rev., atual. e aum. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 149.

<sup>100</sup> “Nota Jossierand que foi o direito de propriedade, antes dos outros, que serviu de campo de experiência à teoria do abuso de direito. Pela natureza desse direito, poderia parecer que a seu titular seria lícito tudo fazer nos limites do seu domínio, mas, especialmente nos últimos tempos, ‘legisladores, juristas e tribunais têm se esforçado para comprimi-lo’, dado que é ‘dotado de uma força de expansão infinita’.” Ibid., p. 150.

A limitação voluntária do direito de propriedade se verifica quando o proprietário constitui sobre o bem apropriado um outro direito real, como ocorre no caso do usufruto (caso emblemático de “direito real limitado”), e assim se priva dos poderes jurídicos de uso e gozo de um bem; ou quando o proprietário, por exemplo, doa o bem com cláusula de inalienabilidade, de modo que o novo proprietário terá limitado seu poder jurídico de dispor do bem.<sup>101</sup>

A limitação fundada nos direitos de vizinhança é aquela que visa a coordenar o exercício do direito de propriedade de alguém com os interesses e o exercício do direito de propriedade de outros proprietários, ligados entre si por vínculo de vizinhança. Neste caso não se verifica uma ligação por vínculo especial, tal como um contrato (limitação voluntária), nem se verifica ato ilícito (tal como o abuso de direito). O que se passa é o exercício legítimo por um vizinho do seu direito de propriedade, mas que atinge negativamente a propriedade de outrem, causando-lhe incômodo ou prejuízo (o conflito de vizinhança).<sup>102</sup> Neste caso, são estabelecidas, notadamente pelo Poder Judiciário, soluções de cessação da atividade do vizinho ou de tolerância pelo proprietário prejudicado, com ou sem indenização (na legislação brasileira, é o que preveem os art. 1.277 a 1.281 do Código Civil).<sup>103</sup>

Ainda entre essas limitações, existem as de ordem administrativa, derivadas dos regulamentos e da atuação concreta da Administração Pública, fundadas na utilidade social<sup>104</sup> do exercício da propriedade, em situações nas quais o exercício legítimo imponha incômodo ou prejuízo a outrem. O exemplo mais evidente é o da polícia administrativa da vizinhança industrial, considerada a indústria uma atividade de utilidade social.

Aliás, é na matéria das chamadas limitações de ordem administrativa, e na espécie das restrições, que tradicionalmente se inclui o tema da desapropriação.

Essa nomenclatura (“limitações” e “restrições”) não é unânime. Existem classificações na literatura que preconizam o gênero “limitações”, que alcançaria a espécie das “restrições”, da desapropriação etc., e existem classificações às avessas, que tratam de restrições em geral, das quais as limitações seriam espécies.

O tema é amplamente examinado no direito administrativo sob os títulos de “poder de polícia da propriedade”, “restrições à propriedade”, “limitações à propriedade”, “intervenção

---

<sup>101</sup> GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. rev., atual. e aum. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 150-151.

<sup>102</sup> DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 20 *et seq.*

<sup>103</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 maio 2021.

<sup>104</sup> O art. 1.278 do Código Civil fala em “interesse público”, não em “utilidade social”.

do Estado na propriedade". Opta-se por fazer referência a limitações, como gênero correspondente a toda conformação ou restrição imposta ao exercício da propriedade; a restrições, como espécie correspondente a limitações que implicam uma diminuição da utilidade individual do bem para o seu proprietário (dos seus poderes jurídicos de uso, gozo e fruição); e à desapropriação, como espécie já referida de privação da propriedade.

É a linha adotada por José Afonso da SILVA, Odete MEDAUAR e Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA,<sup>105</sup> que aludem a caracteres da propriedade moderna para explicar as distinções:

As figuras jurídicas que assinalam as intervenções administrativas recebem nomes diversos na doutrina, nem sempre com sentido unânime. Aqui será seguida a linha adotada por José Afonso da Silva, na obra *Direito urbanístico brasileiro* (7. ed., 2012, p. 394), segundo a qual as *limitações administrativas* abarcam tudo o que afete qualquer dos caracteres desse direito. O referido autor lembra os caracteres tradicionais do direito de propriedade: é absoluto, ao assegurar ao proprietário, de modo mais amplo, o uso, a ocupação, a modificação, e a disponibilidade do bem; é exclusivo, pois diz respeito somente ao proprietário; é perpétuo, porque permanece em continuidade no patrimônio do proprietário, passando, depois, a um sucessor. As limitações irão atingir um ou alguns desses caracteres.

Tais limitações baseiam-se ou no direito privado, preponderantemente, ou no direito público. Dentre as últimas, figuram as limitações tratadas pelo Direito Administrativo.

As *limitações administrativas* abrangem as restrições que afetam o caráter absoluto do direito de propriedade; a ocupação temporária, a requisição, a servidão, que atingem o caráter exclusivo; e a desapropriação, incidente sobre o caráter perpétuo.

[...]

As *restrições administrativas* consistem em limitações incidentes sobre as faculdades de uso, ocupação e modificação da propriedade, para atendimento do interesse público.<sup>106</sup>

Reitere-se que existem explicações distintas para esses temas, ainda fundadas em alguma medida no modelo da propriedade moderna. Assim, por exemplo, segundo JUSTEN FILHO, as limitações são ditas restrições gerais às faculdades de usar e de fruir de um bem imóvel, e têm por objeto a própria configuração do direito de propriedade; ao lado delas (e não como espécies) o autor localiza outros institutos administrativos de “alteração do regime geral privado”, tais como a desapropriação.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 392 *et seq.*; MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 359-360; e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Dos instrumentos da política urbana*. In: MEDAUAR, Odete; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias (coord.). **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários**, p. 41-119. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 52-53.

<sup>106</sup> MEDAUAR, Odete. Op. Cit., p. 359-360.

<sup>107</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 528 *et seq.*

### 3.2.2 Desapropriação e obrigação de indenizar

Um tema relacionado ao das limitações à propriedade e que está sempre presente quando o assunto é desapropriação diz respeito à necessidade de indenizar o proprietário que se vê prejudicado ou privado do exercício pleno do seu direito de propriedade.

Vigora o entendimento que classifica as limitações à propriedade em gerais ou individuais. Quando gerais, alcançam todos os bens que se enquadram numa determinada categoria, estabelecida pelo regulamento limitador. Assim, por exemplo, um regulamento municipal pode impor que todos os imóveis localizados em determinada zona da cidade tenham por finalidade o uso habitacional. A limitação não individualiza um imóvel, mas se aplica a todos os imóveis da zona determinada.

Neste caso, como regra, não existiria a obrigação de indenizar os proprietários que se virem prejudicados pela limitação do seu direito de propriedade. A explicação tradicional é a de que o regulamento delimita o âmbito de proteção do direito de propriedade; isto é, conforma esse direito, que somente se configura como direito de propriedade depois dessa delimitação administrativa.

Sob outra perspectiva, indicada por ARAGÃO, postula-se a diferença entre o direito de propriedade “original” e o que se configura depois da limitação, “como sendo a diferença entre o direito abstratamente considerado, em intensidade absoluta, e o direito em sua concreção após passar por uma progressiva delimitação”, que parte do ordenamento, desde a Constituição até as definições pela lei e pelos regulamentos ou atos administrativos concretos.<sup>108</sup>

Algo diferente pode se passar com uma limitação individualizada, não geral, que atinge determinado imóvel, impondo ao proprietário uma obrigação que não se estende aos demais; ou que, embora geral, atinge determinado imóvel de maneira especial, a ponto de produzir um sacrifício do direito de propriedade naquele caso concreto. Em vista dessas situações, vigora o entendimento de que existe obrigação de indenizar o proprietário, sob pena de violação ao princípio da isonomia, do qual decorre o postulado segundo o qual os encargos públicos devem ser igualmente distribuídos aos cidadãos.

CANOTILHO explica:

---

<sup>108</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. p. 183. O autor se refere à teoria gradualista de Hans Kelsen, para explicar que as limitações “vão sendo *pari passu* definidas pelo ordenamento jurídico”. Idem, p. 180. Voltar-se-á a Kelsen, nesta tese, adiante.

Uma outra manifestação do princípio da igualdade é a que os autores designam por *igualdade perante os encargos públicos* (*égalité devant les charges publiques, Lastengleichheit*). O seu sentido tendencial é o seguinte: (1) os encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos; (2) no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indemnização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados.<sup>109</sup>

Esses são os dois casos em que existiria uma restrição propriamente dita do direito de propriedade, com prejuízo da sua utilidade individual para o proprietário. A indenização, contudo, não está fundamentada diretamente na invocação à desapropriação, que pressupõe a destinação do bem a uma utilidade social distinta daquela até então aproveitada pelo ex-proprietário; mas no princípio da isonomia.

### 3.2.3 Desapropriação e responsabilidade civil do Estado

Cabe ainda assinalar que em nenhum dos casos suprarreferidos, de limitações, restrições ou desapropriação, o fundamento da obrigação de indenizar deve ser referível ao princípio geral da responsabilidade civil do Estado.

A obrigação de indenizar, integrante da concepção moderna de desapropriação, não se confunde com a reparação de danos fundada na responsabilidade civil do Estado. Isto é, o Estado não indeniza a privação da propriedade sob o título da responsabilidade civil, mas está obrigado a indenizar, pelo ordenamento jurídico, com fundamento na própria norma que prevê a desapropriação.

Cabe examinar melhor a distinção entre obrigação de indenizar e responsabilidade civil do Estado, para que não se extraia da garantia da propriedade moderna, tomada no seu sentido mais abstrato ou absoluto, um direito a indenização por toda e qualquer limitação.

Assim, em sentido técnico-jurídico, a obrigação equivale a um dever de conduta, imposto pela norma jurídica; já a responsabilidade (civil, penal, administrativa) consiste na sujeição de alguém a uma sanção, porque foi descumprida a norma que previra a obrigação. Em outras palavras, a obrigação de indenizar consiste em um dever de conduta (uma obrigação) imediatamente imposto pela norma; já a responsabilidade civil diz respeito à incidência de uma norma secundária, que sujeita alguém a uma sanção, como consequência do descumprimento da obrigação.

---

<sup>109</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 568.

A distinção é claramente explicada por MENEZES DE ALMEIDA, valendo-se das lições de Hans Kelsen:

[...] responsabilidade é a relação jurídica que importa a sujeição de alguém à sanção prevista em direito, como consequência do descumprimento de uma obrigação. [...]

Ou seja, obrigação não se confunde com responsabilidade. A obrigação relaciona-se com a conduta cuja não adoção é pressuposto da incidência da sanção.

Já a responsabilidade relaciona-se com a sujeição de alguém à incidência da sanção, independentemente de ter essa pessoa, com sua conduta, descumprido uma obrigação.

Basta pensar que nem sempre quem é o obrigado é o responsável; ou que nem sempre quem é o responsável é o obrigado. Por exemplo, respectivamente, citem-se os casos em que filhos menores descumpram obrigações civis a todos impostas, sendo responsáveis seus pais (Código Civil, art. 932, I); ou casos em que o fiador responde pelo descumprimento de obrigação imposta ao devedor (Código Civil, art. 818 e ss.).<sup>110</sup>

O autor prossegue demonstrando a relevância dos efeitos dessa distinção para quando o ordenamento jurídico estabelece limitações ao exercício do direito de propriedade e prevê correspondente indenização, ou obrigação de indenizar.

Assim, se a legislação atribui competência para o Estado desapropriar, a desapropriação não se constitui em um ato ilícito, mas lícito. Por outro lado, se a desapropriação é lícita, e não consiste em ilícito ou em descumprimento de uma obrigação jurídica, não há que se falar de incidência de sanção ou em responsabilidade. Aplica-se o postulado segundo o qual o Direito não admite o sancionamento de atos lícitos. Pune-se somente o que é ilícito.

É verdade que o ilícito pode não ser diretamente extraível da incompatibilidade de uma conduta com a norma jurídica que prevê uma obrigação. Assim, imagine-se a invocada responsabilidade civil objetiva, que prescinde da prova de culpa ou dolo, isto é, prescinde da prova de uma conduta em si mesma ilícita, incompatível com o cumprimento de uma obrigação. Neste caso, a tônica que caracteriza a ilicitude não se dirige à conduta, mas ao próprio resultado danoso.<sup>111</sup> O ordenamento jurídico estabelece, por razões de política legislativa, que a causação

---

<sup>110</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Responsabilidade civil do Estado*. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito administrativo: controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 245-246.

<sup>111</sup> No caso da responsabilidade pelo sistema objetivo, o ilícito permanece existindo (é o dano no seu sentido jurídico, de resultado ilícito), mas junto da não-necessidade de se cogitar do ato proibido pelo Direito. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos*. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; e POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). **Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 7-23, p. 9 e 15.

do dano, independentemente de se cogitar da reprovabilidade da conduta do agente, se constitui em um ilícito em si mesmo (ou seja, vigora um dever de não causar dano).<sup>112</sup>

Não é o que se passa com a desapropriação, em que há obrigação de indenizar. Se o Estado desapropriar um bem, e não pagar a indenização correspondente, aí sim haverá o descumprimento da norma jurídica, que sujeita o Estado a responsabilização. Aliás, vejam-se os efeitos concretos da distinção. A obrigação de indenizar, na desapropriação, pressupõe anterioridade ou concomitância com a prática do ato que dá lugar à indenização. A legislação sobre a desapropriação exige que nem sequer se dê oportunidade ao dano, o que impõe a anterioridade ou a concomitância da indenização. Diferentemente, na responsabilidade civil, o pagamento é necessariamente posterior ao dano.<sup>113</sup>

Sob outro ângulo, a distinção se verifica em termos de valor da indenização. Na desapropriação, substitui-se o bem expropriado e os seus consectários (lucros cessantes, por exemplo) pelo seu valor patrimonial. Assim, não há causação de dano nem de benefício, e não há espaço para cogitar do pagamento de outros valores além daqueles pertinentes ao dano jurídico, de índole objetiva, que deve ser evitado. Diferentemente, na responsabilidade civil, admite-se, por exemplo, a indenização por dano moral.

Mas o que é mais relevante, e vem pontuado por MENEZES DE ALMEIDA: considerar que a desapropriação, ou outras limitações administrativas à propriedade, constituem ou podem constituir obrigações de indenizar, leva necessariamente à discussão sobre haver ou não uma situação jurídica subjetiva que deva ser protegida, assim como à discussão sobre se a

---

<sup>112</sup> A crítica à divisão binominal “responsabilidade subjetiva – responsabilidade objetiva” pode ser aprofundada em MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Responsabilidade civil do Estado*. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito administrativo: controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019p. 257 et. seq. e 425-427. O autor sugere distinguir “responsabilidade por culpa” e “responsabilidade apenas pelo resultado”. Há autores que entendem de maneira diferente: SANTOS DE ARAGÃO, por exemplo, admite a responsabilidade civil do Estado por ato lícito, atrelada à responsabilização objetiva (art. 37, § 6º, da Constituição Federal), e fundada na divisão dos ônus sofridos especialmente por alguém quando a conduta estatal aproveitar à sociedade. Cf. SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 585. Mas como o próprio MENEZES DE ALMEIDA indica, não há uma divergência de substância: “todos centram sua ênfase no descumprimento de um dever”; no caso específico da responsabilidade objetiva, no descumprimento de um dever de agir para não causar dano. Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Responsabilidade civil do Estado*. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito administrativo: controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 426.

<sup>113</sup> A questão surge a propósito da alteração de plano urbanístico que passa a conflitar com a licença de construção já concedida. A solução da desapropriação do direito de construir é proposta por Caio TÁCITO, para evitar a “*via crucis*” das indenizações por ato ilícito” e assegurar ao particular indenização prévia e correção monetária (TÁCITO, Caio. *Problemas atuais da desapropriação*. **Fórum Administrativo Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 92, out. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55339>. Acesso em: 27 maio 2020).



limitação, mesmo que genérica, viola ou não a isonomia ou a igualdade da distribuição de encargos públicos. Não se trata apenas de aplicar a regra da responsabilidade civil.

Nas palavras do autor, cuja precisão justifica citação integral:

[...] o tratamento do sacrifício de direitos como ensejador de obrigação de indenizar é mais adequado, levando necessariamente à discussão sobre haver ou não verdadeira situação jurídica subjetiva a ser protegida; e haver ou não necessidade de recomposição do sacrifício em face do caráter genérico, ou individualizado, da oneração imposta.

Esse último aspecto é bem importante, por envolver uma lógica própria da matéria dita “sacrifício de direitos”. Como regra, o sacrifício de direitos decorrente de norma de caráter geral (p.ex.: restrições ambientais e urbanísticas; servidão instituída diretamente por força de lei) não é indenizável, diferentemente do sacrifício, imposto em caráter individual (p.ex.: desapropriação). Com efeito, tratando-se de limitação imposta com generalidade em relação a seus destinatários, não se justifica o raciocínio, baseado na isonomia, que leva a que o patrimônio coletivo indenize aquele que, individualmente, sofreu um ônus em benefício da coletividade.

Já a lógica da responsabilidade afasta-se dessa cogitação de generalidade da limitação, considerando apenas os elementos de cada caso individual: conduta, resultado e nexos de causalidade.

Desse modo, a aplicação de raciocínio típico de responsabilidade, quanto mais pelo sistema objetivo, a essas hipóteses de sacrifício de direitos pode tender a um exagero na condenação do Estado a indenizar, sobrevalorizando o sentido individual do direito de propriedade, em detrimento de sua função social.<sup>114</sup>

### 3.3 A DESAPROPRIAÇÃO NO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Esses pressupostos permitem ingressar, a partir de ideias mais precisas, na segunda parte desta tese, em que se busca apresentar uma história das ideias sobre a propriedade e a desapropriação no Brasil independente, a partir da literatura jurídica brasileira, a fim de atingir o objetivo antes definido: o de identificar aspectos ideológicos e transformações dos institutos, para alcançar uma compreensão atualizada da percepção teórica e permitir uma contribuição à discussão.

---

<sup>114</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Responsabilidade civil do Estado*. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito administrativo: controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 248-249.

## 4 IMPÉRIO

No exame da história das ideias do Brasil independente, o primeiro período a ser considerado é o do Império (1822-1889), em que as concepções sobre a propriedade e a desapropriação recebiam influência imediata dos movimentos liberais dos séculos XVIII e XIX e traduziam a adesão quase irrestrita ao modelo da propriedade moderna e ao pensamento marcadamente jusnaturalista.

### 4.1 A LITERATURA JURÍDICA

É curioso observar os registros das ideias dos juristas a respeito da propriedade e da desapropriação que se verificaram durante o processo de independência e o período imperial brasileiros. Nota-se claramente um esforço para acomodar as situações jurídicas de pertencimento da época, em tese incompatíveis com o modelo da propriedade moderna e os movimentos liberais, numa perspectiva almejadamente moderna.

Essa observação, contudo, deve ser feita com cuidado. Cabe sempre lembrar que são reiterados os alertas dos historiadores para que não se interprete o passado segundo os pressupostos do presente, ou sem o conhecimento minimamente informado a respeito das circunstâncias passadas e das suas referências.

Por isso, esta tese se vale do recurso a outras fontes, secundárias, notadamente de estudiosos do período imperial, além do exame dos autores do Império, para mapear e traçar um panorama das ideias vigentes à época.

Esse trabalho de consulta está relatado a seguir.

#### 4.1.1 O recurso a outras fontes literárias

A literatura jurídica do Império foi catalogada e examinada por Pedro DUTRA em obra específica, que é referência na matéria.<sup>115</sup> Nela, a literatura jurídica foi examinada depois de um amplo trabalho de garimpagem, e suas ideias fundamentais são apresentadas sem descuidar do contexto histórico em que produzidas.

---

<sup>115</sup> DUTRA, Pedro. **A literatura jurídica no Império**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992.

DUTRA apresenta um amplo espectro das produções da época, o que se mostrou muito útil, nesta tese, para selecionar as obras de direito público e de direito privado dos juristas reputados mais representativos do período.

Outra fonte literária já contemporânea consistiu nas duas obras de Walter GUANDALINI, “Raízes históricas do direito administrativo brasileiro” e “História do direito administrativo brasileiro – Formação (1821-1895)”. Nelas, o autor apresenta uma perspectiva histórica sobre a matéria específica do Direito Administrativo, a partir, notadamente, dos dados sobre os juristas e a literatura jurídica até 1895.<sup>116</sup>

É também esse o caso da obra “Formação da teoria do direito administrativo no Brasil”, em que Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA examina obras gerais (cursos, manuais) e teses acadêmicas defendidas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para construir uma linha evolutiva da teoria sobre o direito administrativo no Brasil, partindo do período imperial.<sup>117</sup>

Já outros dados e percepções foram extraídos de materiais tais como os dois primeiros volumes da “Coleção Juristas Brasileiros”, coordenada por Carlos Guilherme MOTA,<sup>118</sup> e que têm por objetivo compreender a história dos juristas na formação e no desenvolvimento do Estado-Nação e de um pensamento jurídico brasileiro, entre o século XVI e o ano 1930. A coleção examina documentos diversos (projetos de lei, leis, relatórios, discursos etc.).

---

<sup>116</sup> GUANDALINI, Walter. **Raízes históricas do direito administrativo brasileiro. Fontes do direito administrativo na doutrina brasileira do século XIX (1857-1884)**. Curitiba: Appris, 2019; e **História do direito administrativo brasileiro – Formação (1821-1895)**. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>117</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. O autor identificou as duas seguintes teses (no sentido estrito de proposições, vigente à época) pertinentes à desapropriação: de 1877, “A justa preponderância do interesse geral sobre o particular legítima a desapropriação”, de José Maria Leitão da CUNHA; e de 1874, “Declarada a necessidade pública da desapropriação, a primeira das fases por que deve ainda esta passar é processada administrativamente”, de Genuino Firmino Vidal CAPISTRANO. Também identificou três dissertações (teses, no sentido mais amplo), duas delas sobre desapropriação: de 1874, “Até onde chega o domínio da ação administrativa e de sua jurisdição na desapropriação por utilidade pública geral, ou municipal da Corte?”, de Genuino Firmino Vidal CAPISTRANO; e de 1887, “Desapropriação por utilidade pública”, de Jesuíno Ubaldo CARDOSO DE MELLO. Neste caso, MENEZES DE ALMEIDA narra que “é um texto de dez páginas, com ênfase na análise descritiva da Constituição e de leis brasileiras, visando a conclusões de aplicação do direito positivo. Entretanto, inicia situando o tema em perspectiva mais filosófica e política: cita KANT, para usar o conceito de ‘mundo fenomenal’, e aponta a propriedade como necessária e sagrada, dada sua finalidade quanto aos elevados destinos da humanidade, na nova era inaugurada com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789” (p. 293 *et seq.*).

<sup>118</sup> MOTA, Carlos Guilherme; AMBROSINI, Diego Rafael; FERREIRA, Gabriela Nunes; CACCIA, Natasha Schmitt (coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro**, século XVI a 1850). São Paulo: Quartier Latin, 2006; e MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (coord.). **Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Enquadra-se também aí o livro de José Reinaldo de Lima LOPES<sup>119</sup> sobre a atuação do Conselho de Estado, que oferece interpretações substanciais a respeito da cultura jurídica e da política do Império, examinada a partir de debates parlamentares e de discussões que chegaram ao Conselho e que se traduziram em consultas, comentários e pareceres.<sup>120</sup>

Esses outros dados e materiais (teses acadêmicas, relatórios, discursos, projetos, debates, consultas, comentários e pareceres) não foram consultados diretamente, tampouco incorporados ao objeto desta tese, por razões metodológicas e de delimitação do trabalho. A tese se concentra no exame dos dados e materiais da literatura jurídica. Não obstante, é certo que um trabalho que avançasse sobre esses outros materiais viabilizaria um entendimento mais aguçado a respeito das ideias sobre a propriedade e a desapropriação à época.

Houve, enfim, a consulta a estudos monográficos que se dedicaram à historiografia da vida e da obra de alguns juristas. É o que se passa com o discurso elogioso intitulado “Antonio Joaquim Ribas (O Conselheiro Ribas)”, de BARROS JÚNIOR;<sup>121</sup> com o livro “O Conselheiro Ribas”, de AMERICANO;<sup>122</sup> e com os prefácios de juristas do presente às edições fac-símile dos livros que integram a rica coleção “História do Direito Brasileiro”, do Senado Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Também houve a consulta a estudos sobre a formação do modelo da propriedade moderna no Brasil e sobre institutos jurídicos que caracterizaram a época, tais como as sesmarias, as terras devolutas e a escravidão. Nesse âmbito, foram de grande valor as obras de CIRNE LIMA, “Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas”,<sup>123</sup> de VARELA, “Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito

---

<sup>119</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>120</sup> Para a presente tese, uma coincidência de papéis torna a obra de LOPES ainda mais interessante. LOPES explora o pensamento político-jurídico dos Conselheiros de Estado, os quais, como regra, foram importantes nomes da literatura jurídica do Império. Cf. *Ibid.*, *passim*.

<sup>121</sup> BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Antonio Joaquim Ribas (O Conselheiro Ribas)*. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1974.

<sup>122</sup> AMERICANO, Jorge. **O Conselheiro Ribas (Antônio Joaquim Ribas)**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1944.

<sup>123</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4. ed. fac-símile. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990.

brasileiro”;<sup>124</sup> de André Barreto CAMPELLO, “Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil”;<sup>125</sup> além dos trabalhos de STAUT<sup>126</sup> e de FONSECA.<sup>127</sup>

Todos esses materiais contribuíram para a melhor compreensão do período, para a comparação com as impressões da candidata a respeito da literatura jurídica do Império e para a identificação de dissensos e consensos.

#### 4.1.2 Um consenso sobre a época: o ideário liberal

Concorda-se com LOPES quando propõe ter havido uma cultura jurídica no Império, relativamente erudita, seriamente voltada para a prática e para estruturar um ordenamento jurídico e constituir um direito e um Estado, e que se apresentava marcadamente nacionalista e liberal.<sup>128</sup>

Também é esse o pensamento de outros autores, de dentro e fora do Direito, que localizam no liberalismo (e no liberalismo doutrinário<sup>129</sup>) a influência predominante na cultura intelectual brasileira da época, notadamente no pensamento econômico (embora não colocado em prática),<sup>130</sup> o qual demandava a construção de um ordenamento jurídico que lhe fosse consonante.

JAGUARIBE lembra que ter havido poucas exceções ao ideário liberal (refere-se ao protecionismo industrialista do Visconde de Caravelas, deflagrador do surto industrial do Império e, à concepção desenvolvimentista-inflacionista que Bernardo de Souza Franco

---

<sup>124</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>125</sup> CAMPELLO, André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. Jundiaí: Paco, 2018.

<sup>126</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro na segunda metade do Século XIX ao Código Civil de 1916**. 2009. 220p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009; e STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Dimensão jurídica e formas de apropriação no Brasil*. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p.29-64, 2012.

<sup>127</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil*. **Anuário Mexicano de História del Derecho**, v. XVII, 2005, p. 97-112. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/issue/view/1653>. Acesso em: 24 abr. 2018.

<sup>128</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91.

<sup>129</sup> “Outra fonte por meio da qual a elite imperial teve acesso à doutrina liberal consiste no denominado liberalismo doutrinário, corrente francesa que enfrentou os ultras, no plano teórico, conseguindo ganhar a opinião e isolá-los no seu empenho de reconstituição do Antigo Regime, tendo logrado chegar ao poder com a Revolução de 1830”. É o liberalismo representado pela figura de Benjamin Constant. PAIM, Antonio, **História do liberalismo brasileiro**. 2. ed. São Paulo: LVM Editora, 2018, p. 77.

<sup>130</sup> JAGUARIBE, Hélio. **Desenvolvimento econômico e desenvolvimento político**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 291; e PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977, p. 49 *et seq.*

imprimiu à sua curta gestão da Fazenda, de 1857 a 1858), afirmando que o “pensamento econômico brasileiro nascido com o liberalismo ingênuo do Visconde de Cairu, tenderá a se manter, com sectarismo doutrinário, fiel ao *laissez faire*”.<sup>131</sup>

Mas o ideário liberal não era acompanhado do propósito de formação de um Estado e de um Governo que correspondessem aos valores da democracia liberal. Ao menos para as elites brasileiras, a preocupação maior era a construção de um Estado-nação e a preservação do Império. A literatura observa que a “condição peculiar é que Estado liberal brasileiro nasceu da vontade do próprio governo, elite dominante, e não de uma revolução; preocupava-se com a ordenação do poder nacional.”<sup>132</sup>

Por outro lado, e especificamente quanto ao direito de propriedade, a prevalência do ideário liberal da época se verificava antes mesmo da declaração de independência do Brasil. No Decreto de 21 de maio de 1821, por exemplo, editado por Dom Pedro quando príncipe regente, havia referência à propriedade como “direito sagrado”. Dom Pedro afirmava constituir-se em “horrenda infração” que, a pretexto das “necessidades do Estado”, fosse tomada a propriedade de alguém, contra a vontade do possuidor ou proprietário; e dizia figurar como tanto mais “atroz” que se tomasse a propriedade de alguém negando-se o título para que pudesse requerer a devida indenização.<sup>133</sup>

#### 4.1.3 As bases da Constituição de 1824

A Constituição de 1824, outorgada por Dom Pedro I, também evidencia a influência das ideias liberais e mesmo do constitucionalismo democrático em voga na Europa. Assim, a literatura observa que a Constituição de 1824 produziu transformações sobre os “direitos reais”

---

<sup>131</sup> JAGUARIBE, Hélio. **Desenvolvimento econômico e desenvolvimento político**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969, p. 168.

<sup>132</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 252, citando TRINDADE, Héglio. *Bases da democracia brasileira: lógica liberal e práxis autoritária (1822-1945)*. In: LAMOUNIER, Bolivar *et alii*. Como renascer as democracias. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 67. No mesmo sentido: “A transferência da Corte portuguesa para o Brasil em 1808 veio dar à nossa emancipação política um caráter que a singulariza no conjunto do processo histórico da independência das colônias americanas. Todas elas, mais ou menos pela mesma época, romperam os laços de subordinação que as prendiam às nações do Velho Mundo. Mas, enquanto nas demais a separação é violenta e se resolve nos campos de batalha, no Brasil é o próprio governo metropolitano quem, premido pelas circunstâncias, embora ocasionais, que faziam da colônia a sede da monarquia, é o governo metropolitano quem vai paradoxalmente lançar as bases da autonomia brasileira.” PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977, p. 42.

<sup>133</sup> BRASIL. Decreto de 21 de maio de 1821. Proíbe tomar-se a qualquer, coisa alguma contra a sua vontade, e sem indenização. In: **Collecção das leis do Brazil de 1821**, parte II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889, p. 87-88.

(na acepção de direitos sobre as coisas), na medida em que rompeu com a racionalidade da legislação absolutista das ordenações portuguesas. Os direitos reais “deixam de ser atributos da pessoa do Rei, com o qual se confundia a noção de Estado”,<sup>134</sup> e fica abolido o estatuto real do Reino de Portugal sobre as terras brasileiras.<sup>135</sup>

A redação do dispositivo da Constituição de 1824 que assegurava o direito de propriedade e tratava da desapropriação era a seguinte:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

§ 22. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.<sup>136</sup>

A inspiração para esse texto, segundo a percepção geral da doutrina, é encontrada na já referida Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que no artigo 17 indicava ser a propriedade “um direito inviolável e sagrado”, e que “ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.

Com efeito, indicou-se no primeiro capítulo que essas referências à propriedade plena, absoluta, sagrada, inviolável, expressam um significado histórico-jurídico que pode ser compreendido no contexto político da oposição das revoluções liberais às formas medievais de apropriação.

São expressões que remetem à propriedade exclusiva, não desdobrada, insuscetível de resolução ou disposição por vontade arbitrária de outrem, e cujo proprietário concentraria em si todos os poderes jurídicos atinentes ao domínio.

Daí a desapropriação figurar no texto da Constituição do Império como uma forma de desapropriação moderna, “única exceção” ao direito de propriedade, a qual somente poderia ser praticada em nome de um “bem público” previsto em lei e mediante prévia indenização.

---

<sup>134</sup> VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 137.

<sup>135</sup> “Por estas razões consideramos inicialmente o instituto da propriedade regido pela Carta de 1824 sob um duplo aspecto, sempre na perspectiva da nova ‘associação política’ criada: representando uma ruptura com o absolutismo da Metrópole e como um fator de integração política manifestada em seu aspecto externo, de coesão e de agregação daqueles elementos precitados, o território, a população e o poder.” Ibid., p. 138.

<sup>136</sup> BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de maio de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 26 mar. 2020.

Com efeito, o exame das referências, nas obras jurídicas do Império, também confirma a predominância do ideário liberal no tocante à propriedade e à desapropriação.

#### 4.1.4 Os primeiros manuais e outras obras

Até meados de 1850 não havia no Brasil produção jurídico-doutrinária propriamente brasileira. As exceções eram as obras de CAIRU e de GONZAGA, na área da filosofia do direito. É o que relata DUTRA.<sup>137</sup>

Após 1850, passaram a circular no meio jurídico algumas obras cuja publicação fora autorizada pelo Imperador para servirem de compêndio nas faculdades de Direito recém-instaladas, autorizadas para funcionar em Olinda e em São Paulo.<sup>138</sup>

Algumas dessas obras foram selecionadas como fontes de dados para esta pesquisa. Outras obras não foram consultadas; são obras raras, cujo acesso se tornou inviável com o fechamento das Universidades e das suas bibliotecas, em decorrência das medidas de distanciamento social estabelecidas para conter e combater a pandemia da Covid-19. Assim, não foram consultados os manuais de Direito Administrativo de PEREIRA DO REGO, VEIGA CABRAL, FURTADO DE MENDONÇA e RUBINO DE OLIVEIRA.<sup>139</sup>

Houve a consulta, por sua vez, às obras de Conselheiro RIBAS (Antonio Joaquim Ribas)<sup>140</sup> e de Visconde do URUGUAY (José Paulino Soares de Sousa)<sup>141</sup> e, ainda no campo do Direito Público, à obra “Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, de PIMENTA BUENO.<sup>142</sup>

---

<sup>137</sup> O autor se refere às obras “Princípios de direito mercantil e leis de marinha”, do Visconde de Cairu, publicada em 1798; e Tratado de Direito Natural, de Tomás Antônio Gonzaga, publicada em 1772. DUTRA, Pedro. **A literatura jurídica no Império**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992, p. 49.

<sup>138</sup> BRASIL. **Lei de 11 de Agosto de 1827**. Cria dois cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm). Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>139</sup> PEREIRA DO REGO, Vicente. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império**. 2. ed. Recife: Tipografia Comercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860; VEIGA CABRAL, Prudêncio Giralde Tavares. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859; FURTADO DE MENDONÇA, Francisco Maria de Souza. **Excerto de Direito Administrativo Pátrio**. São Paulo: Tipografia Alemã de Henrique Schroeder, 1865; e RUBINO DE OLIVEIRA, José. **Epítome de Direito Administrativo segundo o programa do curso de 1884**. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884, citados por GUANDALINI, Walter. **Raízes históricas do direito administrativo brasileiro. Fontes do direito administrativo na doutrina brasileira do século XIX (1857-1884)**. Curitiba: Appris, 2019, passim.

<sup>140</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866. Conhecido como “Conselheiro” porque integrou o Conselho de Estado.

<sup>141</sup> VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**, t. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

<sup>142</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857.



Diga-se que Conselheiro RIBAS é um autor sempre referido como um expoente da cultura jurídica do Império, que transitou pelos direitos público e privado.<sup>143</sup> Três obras dele foram examinadas: “Direito Administrativo Brasileiro: noções preliminares”, publicada em 1866, que derivou dos seus apontamentos para o magistério da disciplina de Direito Administrativo e que foi adotada como compêndio oficial para as Faculdades de Direito do Império, do Recife e de São Paulo;<sup>144</sup> “Curso de Direito Civil Brasileiro”, publicada em 1880;<sup>145</sup> e “Da posse e das acções possessórias”, cuja primeira edição foi publicada em 1883.<sup>146</sup>

Especificamente no campo do Direito Civil, além do manual escrito por RIBAS, foram consultados o manual de “Direito das Coisas” de PEREIRA, publicado em 1877,<sup>147</sup> e as “Instituições de Direito Civil” de TRIGO DE LOUREIRO, publicado em 1850.<sup>148</sup>

Sob outro ângulo, a dificuldade de acesso aos manuais conduziu à busca por outros livros da época, para melhor compreender e apresentar as ideias da literatura jurídica a respeito da propriedade e da desapropriação. Foi o que se passou com o já referido livro “Da posse e das acções possessórias”, de RIBAS;<sup>149</sup> o livro “A Propriedade”, de ALENCAR;<sup>150</sup> e com a obra de PERDIGÃO MALHEIRO, “A Escravidão no Brasil”.<sup>151</sup>

Ainda no campo do Direito Civil, é necessário considerar que o período foi marcado por um esforço importante para a elaboração de projetos de Código Civil para o Brasil (em que ainda vigoravam as Ordenações Filipinas). Esse esforço se traduziu em material produzido por juristas, na forma de projetos de Código, mas que contaram, também, com a exposição do seu

---

<sup>143</sup> Existe dúvida sobre o ano de nascimento (1819 ou 1820) e mesmo sobre o nome de Conselheiro Ribas. Há indícios de que se chamava Joaquim Simplício, e que teve o nome alterado por sua mãe por ocasião de sua crisma. A história e a carreira de Conselheiro Ribas podem ser conferidas em AMERICANO, Jorge. **O Conselheiro Ribas (Antônio Joaquim Ribas)**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1944; e BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Antonio Joaquim Ribas (O Conselheiro Ribas)*. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1974.

<sup>144</sup> Conforme a Resolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861. CONSELHEIRO RIBAS. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866, folha de rosto.

<sup>145</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2v. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro Editor, 1880.

<sup>146</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Da posse e das acções possessórias – segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico**. Nova edição. São Paulo: Miguel Melillo & Cia, Grande Livraria Paulista, 1901, p. 3.

<sup>147</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**, 2v. Edição fac-símile (1943). Brasília: Senado Federal / STJ, 2004. É a edição adaptada ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva.

<sup>148</sup> TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**, 4. ed. 2v. Edição fac-símile (1871). Brasília: Senado Federal / STJ, 2004.

<sup>149</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Da posse e das acções possessórias – segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico**. Nova edição. São Paulo: Miguel Melillo & Cia, Grande Livraria Paulista, 1901.

<sup>150</sup> ALENCAR, José de. **A propriedade**. Edição fac-símile (1883). Brasília: Senado Federal / STJ, 2004.

<sup>151</sup> PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. **A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social**. 3 partes. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1867.

pensamento. Nesse âmbito, dentro do período do Império, houve consulta aos trabalhos de TEIXEIRA DE FREITAS.<sup>152</sup>

Desse conjunto de obras, compreendeu-se que as obras de Direito Civil foram mais representativas do pensamento da literatura jurídica brasileira da época. É que o tratamento conferido ao tema da propriedade e da desapropriação se encontrava preponderantemente nas obras de Direito Civil.

O Direito Administrativo, por sua vez, estava começando. As primeiras obras de Direito Administrativo apresentavam um panorama geral da matéria, sem muita preocupação com o instituto da desapropriação. O propósito dos publicistas era o de desenvolver estruturas jurídicas para o Estado brasileiro. Sua atenção, portanto, era tomada por outros temas.

Tal circunstância da matéria em Direito Administrativo também era provavelmente justificada por uma razão de fato (as terras eram domínio do Império) e outra legal (a legislação sobre desapropriação era bem desenvolvida já em 1826). Aliás, encontra-se aí uma peculiaridade da condição brasileira da época, que torna mais dificultosa a compreensão sobre a propriedade e a desapropriação do ponto de vista do discurso jurídico; quer dizer, se pelo menos até 1850 as terras eram do Império, sobre quais propriedades poderia recair a desapropriação? O tema será tratado adiante.

## 4.2 AS LINHAS GERAIS

Em matéria de propriedade e desapropriação, o pensamento da literatura jurídica do Império compartilhava algumas linhas gerais.

### 4.2.1 Ainda a alusão à propriedade na sua acepção moderna

O direito de propriedade era referido pela literatura jurídica brasileira como natural, absoluto, pleno, sagrado e inviolável. Eram essas as expressões usuais.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983. A publicação original é de 1864. Os esforços se mantiveram durante a Primeira República. Ainda sobre o autor, diga-se que se encontrou, em Clóvis BEVILÁQUA, uma citação de TEIXEIRA DE FREITAS, referindo-se a que ele teria produzido um trabalho sobre a “desapropriação por utilidade pública indireta”, cujo exemplo seria o da passagem forçada por imóvel vizinho. Mas o trabalho não foi localizado (lembrem-se as restrições da Covid-19). Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**, v. 1. Edição fac-símile (sem ano original). Brasília: Senado Federal / STJ, 2003, p. 194.

<sup>153</sup> A legislação também evidenciava o viés liberal-individualista da propriedade, o que certamente contribuiu para a abordagem da literatura.

Nos primeiros capítulos desta tese já houve referência à doutrina do direito natural. A propriedade era considerada direito natural, sob a influência dos movimentos liberais e da superação do regime feudal, porque se traduzia na manifestação externa do domínio que toda pessoa tem do seu próprio eu.

Assim, a propriedade era considerada uma expressão ou extensão da personalidade humana. RIBAS, por exemplo, em obra sobre a posse e as ações possessórias, referia-se à proteção da posse (enquanto presunção de domínio, equiparado ao direito de propriedade) como uma proteção da “própria personalidade humana, realizada na coisa possuída”.<sup>154</sup> E URUGUAY afirmava que a Constituição garante a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, que tem por base “os direitos absolutos que derivam da mesma natureza do homem”, e que se concentram em três pontos principais: a liberdade, a segurança individual e a propriedade.<sup>155</sup>

Como direito natural do homem, o direito de propriedade também era direito absoluto, isto é, concebia-se a propriedade a partir de um dever *erga omnes* negativo, de omissão (ou respeito) por todos à propriedade privada de alguém. É a propriedade prototípica da noção de direito subjetivo.

E como direito natural e absoluto, o direito de propriedade também era primordialmente pleno. A propriedade fracionária era considerada exceção.<sup>156</sup> Tratava-se da propriedade na acepção de domínio sobre um bem, na sua integralidade; domínio quase absoluto, subordinado apenas à disciplina mínima legal. A razão fundamental consistia em rejeitar o domínio desdobrado que caracterizava as relações de pertencimento medievais (as concessões reais).

Com efeito, a propriedade plena da terra era justificada como expressão do trabalho do indivíduo e da reconquista da sua liberdade na história.<sup>157</sup> A seguinte passagem do curso de Direito Administrativo de RIBAS é emblemática dessa circunstância:

Nos tempos da decadência do império surgiu uma instituição intermediária entre a liberdade e a escravidão, o *colonado*. As raças invasoras da Germânia possuíam também uma análoga condição de pessoas, a dos *liten*. Tanto os *colonos* como os *liten* achavam-se ligados ao solo que cultivavam, mas de que não eram proprietários; a alienação do solo importava a dos seus cultivadores.

---

<sup>154</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Da posse e das ações possessórias – segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico**. Nova edição. São Paulo: Miguel Melillo & Cia, Grande Livraria Paulista, 1901, p. 18.

<sup>155</sup> VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**, t. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, t. I, p. 6.

<sup>156</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2v. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro Editor, 1880 v. 1, p. 326.

<sup>157</sup> Na história europeia em seu sentido universalizante.

Com o volver dos séculos fundiram-se estas duas classes, uma na outra, e do seu amálgama nasceu a dos servos da média idade, transição feliz para o moderno proletariado. As famílias, que por tantos séculos haviam cultivado na dependência a terra alheia, afinal a reconquistaram por meio do seu suor; adquirindo a propriedade do solo, adquiriram igualmente a liberdade.<sup>158</sup>

Sob outro ângulo, o direito de propriedade era usualmente equiparado ao domínio, ou mesmo referido como domínio (propriedade plena), na acepção de império da vontade do proprietário sobre a coisa apropriada. Nesse sentido, ainda de RIBAS:

O ato pelo qual o homem subordina o fim das coisas ao seu, ou estabelece o seu império exclusivo e absoluto sobre elas, é o que se denomina apropriação, e o direito que sobre elas adquire – propriedade.<sup>159</sup>

Uma vez alçada à categoria de direito natural, extensão da pessoalidade humana, a propriedade também era reputada direito sagrado e inviolável. As duas expressões são muito mais ideológicas que jurídicas, e manifestam a relevância do tema da propriedade privada, notadamente da propriedade da terra e dos meios de produção, para a sociedade brasileira do século XIX. As expressões também não são tão rigorosas, uma vez que não significam o absolutismo da propriedade individual; embora houvesse referência ao direito de abusar da propriedade, a literatura reconhecia os limites dos direitos do proprietário nos direitos dos demais.

Nesse sentido, PIMENTA BUENO aludia ao *jus abutendi*, defendia que o fruto do trabalho do homem pertence ao homem, e a ele deve ser garantido em toda a sua plenitude, mas alertava para que não houvesse prejuízo dos direitos de outras pessoas:

O direito de propriedade é a faculdade ampla exclusiva que cada homem tem de usar, gozar e dispor livremente do que licitamente adquiriu um, do que é seu, sem outros limites que não sejam os da moral ou direitos alheios; é o *jus utendi, et abutendi re sua*; é também o direito de defendê-la e reivindicá-la.<sup>160</sup> A propriedade real, assim como intelectual ou moral, tem pois a sua origem na natureza, e a sagrada porque como já dissemos, é o fruto dos esforços fadigas e sacrifícios do homem do suor do seu rosto; é o pão da sua família. O criador do valor, é só ele, com a exclusão de qualquer outro indivíduo, é quem deve ter o direito amplo de usar, empregar, tirar proveito, gozar é dispor ou transmitir por troca venda ou por outro qualquer título enfim de consumi-lo como quiser vir uma vez que não prejudique os direitos de outrem.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866, p. 353-354.

<sup>159</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2v. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro Editor, 1880, v. 1, p. 325.

<sup>160</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, p. 429.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 429.

#### 4.2.2 A preocupação com os conflitos de interesses

Sob outro ângulo, notadamente no direito público, os autores manifestavam preocupação com os conflitos entre interesses particulares e entre esses e os interesses gerais (a expressão “interesse público” não é utilizada) que recaíssem sobre os bens objeto de propriedade. A preocupação tinha como pano de fundo, usualmente, a construção doutrinária da diferenciação entre Direito Público e Direito Privado.

Esse é um tema que preocupou especialmente PIMENTA BUENO, na sua análise da Constituição do Império. Suas lições são marcadamente dirigidas à proteção da propriedade plena, a ponto de afirmar que, na colisão de interesses, é preferível o mal de alguma imprudência do proprietário que a violação do seu livre domínio. A fundamentação invocada pelo autor é notadamente econômica: considera que, sem a plenitude da garantia da propriedade, não haverá desenvolvimento industrial, riqueza e bem-estar social. O autor indagava: “qual o homem que semearia trigo sem ter certeza de que a colheita e livre disposição seria sua?”<sup>162</sup>

De modo ainda mais incisivo, PIMENTA BUENO aludia ao “arbítrio supremo” dos negócios privados; que o interesse geral estava em o ser humano concorrer para a felicidade da comunidade social, “mas quando se associa à comunidade não renuncia liberdades ou direitos individuais, não se resigna a ser uma máquina, a viver ou trabalhar só para o interesse social, e nem isso é necessário.” E para garantir os “meios naturalmente lícitos de procurar o seu bem-estar, entregue à sua inteligência e vontade”, é que o ser humano se associa.<sup>163</sup>

PIMENTA BUENO então conclui que a divisão entre interesse geral, coletivo ou comum, e interesse particular ou individual, é “natural e fundamental”, e atribui ao direito público e ao direito administrativo (que primeiro equipara ao direito público, depois afirma ser ramo do direito público) o papel de regular liberdades individuais e arbitrar interesses de todos.<sup>164</sup> Prepondera, na sua análise, a valorização do direito privado, que deve ser respeitado pelo direito público como um direito “reconhecido e independente”, sob pena de sacrifício do próprio bem-estar geral, porque o bem-estar de cada indivíduo compõe o bem-estar geral.

Assim, segundo o autor, se fosse o caso de sacrificar os interesses individuais em prol do interesse geral (exceto em situações especialíssimas), o que haveria é o sacrifício de grande parte da sociedade e do próprio interesse e bem-estar geral.<sup>165</sup> Essa valorização do

---

<sup>162</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, p. 430.

<sup>163</sup> Ibid., p. 7-8.

<sup>164</sup> Ibid., p. 7, 8, 11.

<sup>165</sup> Ibid., p. 8-9.

direito privado se encerra na seguinte frase de PIMENTA BUENO: “O direito civil é o domínio em que o poder administrativo não tem entrada, senão por criminosa invasão.”<sup>166</sup>

RIBAS é outro autor que tratava dos conflitos entre interesses ou direitos individuais e gerais. Explicava que “direitos individuais ou fundamentais” são os que emanam da personalidade “considerada em sua íntima natureza, em suas relações sociais e em sua projeção sobre as coisas”. Nesse sentido, “a personalidade humana é a combinação do elemento absoluto e divino da razão com o elemento finito da individualidade”, e decorrem daí os direitos de liberdade, igualdade, segurança e propriedade, que são individuais porque “oriundos da razão individualizada”, e fundamentais “porque são as bases sobre que se firmam todos os que constituem a vida individual e social do homem”.<sup>167</sup>

Esses direitos individuais ou fundamentais pertencem racionalmente ao ser humano pela sua simples qualidade de ser humano. Assim, “são anteriores e superiores a todas as leis humanas”. É neste ponto que o autor concedia à lei (*rectius*, ao interesse geral consubstanciado na lei) a possibilidade de restringir ou mutilar esses direitos, “mas não desconhecê-los absolutamente”.<sup>168</sup>

A esse fenômeno, quando existente justa causa fundada em “utilidade pública” ou “verdadeira utilidade social”, PIMENTA BUENO denominava “restrição legítima da liberdade”. Dizia que “sempre que não for ditada por verdadeira utilidade pública”, a lei “estabelecerá um sacrifício injusto e por ventura uma tirania.” E acrescentava:

Toda a lei, toda a restrição da liberdade, que não for ditada pelos princípios da moral, pelo respeito recíproco dos direitos individuais, ou por claro e lícito interesse da comunidade social, será uma injustiça ou um erro lamentável, que a civilização, que a ilustração pública deve desde logo procurar corrigir pelos meios legais que o sistema constitucional facilita.<sup>169</sup>

Desse modo, nenhuma lei devia ser concebida “senão depois de bem reconhecido que é de verdadeira utilidade social, e esta jamais pode estar em oposição com as condições morais do homem e da sociedade”.<sup>170</sup>

TRIGO DE LOUREIRO também se referia às “restrições legais da propriedade”, ainda que a propriedade fosse “um direito natural, exclusivo e ilimitado”, e vinculava essas restrições à “consecução do fim social”. Dizia que “se o homem quer gozar das vantagens, que

---

<sup>166</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, p. 13.

<sup>167</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866, p. 247-250.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 247-250.

<sup>169</sup> PIMENTA BUENO, José Antonio. *Op. Cit.*, p. 393.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 393.

a sociedade lhe oferece, garantindo-lhe o seguro e livre uso da sua propriedade, também deve sujeitar-se às obrigações, que ela lhe impõe para a consecução do fim social.”<sup>171</sup>

Enfim, a preocupação com os conflitos entre interesses gerais e interesses privados era assento para as referências à desapropriação.

#### 4.2.3 As alusões à desapropriação

À época do Império brasileiro, a literatura jurídica falava muito pouco sobre a desapropriação. Havia algumas referências à legislação sobre desapropriações, mas quase nenhuma abordagem teórica ou não meramente referencial. A razão disso pode estar na atenção que a literatura conferia a outras matérias.

Em direito privado, por exemplo, o que se observava na literatura é um esforço de adaptação das instituições romanas, da propriedade e da escravidão, e um esforço na consolidação das leis civis e da constituição de um código civil. Nesse âmbito, o direito individual de propriedade era usualmente exaltado, e a sua utilidade social consistia em preservar as instituições econômicas, o livre arbítrio e a livre convivência social. A literatura aludia à desapropriação como modo de extinção do domínio, mas não ingressava nos fundamentos da desapropriação.

Havia poucas exceções a essa abordagem: alguns autores enunciavam a necessidade de dispor dos bens objeto de propriedade de modo a colocá-los a serviço da sociedade, e não apenas a serviço do proprietário individual. Assim, TEIXEIRA DE FREITAS identificava na propriedade dois elementos, um individual e outro social, “combinados e harmonizados para dar à propriedade um caráter orgânico, reflexo das relações orgânicas que existem entre o indivíduo e a sociedade, entre homem e a humanidade”.<sup>172</sup>

Mas o individualismo da propriedade moderna predominava.

Em direito público, por sua vez, a preocupação central da literatura era a de fundar as bases para a consolidação de um Estado monárquico e para que fossem criados um Direito e uma Nação que superassem o vínculo com a derradeira metrópole portuguesa.

O pensamento dos autores a seguir é ilustrativo da atenção conferida pela literatura jurídica ao tema.

---

<sup>171</sup> TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**, 4. ed. 2v. Edição fac-símile (1871). Brasília: Senado Federal / STJ, 2004, p. 226.

<sup>172</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das Leis Civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, p. CLVI.

#### 4.2.3.1 *O pensamento de PIMENTA BUENO*

PIMENTA BUENO, cujo discurso em prol do domínio (da vontade) do proprietário foi exposto acima, fazia ressalva da sua posição, indicando que, “não obstante o que anteriormente ponderamos é também certo que o homem vive em sociedade, e que tem deveres para com esta”. Tratando da desapropriação, afirmava:

Consequentemente se o bem público legalmente verificado exigir o uso ou emprego da propriedade do cidadão, a sociedade deve ter o direito de realizar a desapropriação. O que a lei deve fazer é marcar de antemão os únicos casos em que terá lugar esta exceção e estabelecer as regras fixas que regulem a indenização, e não dispor da propriedade antes de previamente verificar e realizar essa indenização.<sup>173</sup>

A afirmação já continha as notas fundamentais da desapropriação moderna, isto é: o “direito” da sociedade de realizar a desapropriação; a necessidade de restrição direito de propriedade mediante lei (restrição legítima) e a necessidade de prévia indenização. Era a percepção da desapropriação como uma garantia da propriedade moderna.

Com efeito, PIMENTA BUENO já extrapolava a referência à desapropriação por utilidade pública (à desapropriação em sentido estrito) para afirmar que a mesma garantia de propriedade também assegurava o pagamento da dívida pública, ou o direito a indenização por todo sacrifício ou prestação de serviços;<sup>174</sup> e a indenização pela vulgarização legítima da propriedade das invenções.<sup>175</sup>

Sobre a propriedade das invenções, eis a lição do autor que, novamente, apresenta fundamentação econômica:

A descoberta ou invenção de uma indústria útil ou de seu melhoramento é fruto da inteligência e trabalho do inventor, é criação sua, e consequentemente sua propriedade. É pois justo que a lei segure seus direitos, e reprima a violação deles; esse ato, além de ser de justiça, é também de grande vantagem e incentivo econômico; é o meio o mais seguro de enriquecer a sociedade de novos descobrimentos, processos, aumento, e perfeição de forças industriais. Esta propriedade porém, por isso mesmo que é de uma natureza especial, por isso que uma mesma invenção ou processo pode ser criado por mais de uma inteligência ou concurso de circunstâncias; e finalmente porque a prioridade do descobrimento não deve formular a garantia do direito de um indivíduo de

---

<sup>173</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, p. 430.

<sup>174</sup> “Os credores do Estado, ou porque lhe confiarão seus capitais, ou porque lhe prestarão seus serviços, têm o direito de reaver sua propriedade ou valores respectivos; é uma consequência indeclinável dos princípios expostos no anterior § 1º.” Ibid., p. 430.

<sup>175</sup> Ibid., p. 430-431.



tal modo que aniquile para sempre os direitos de outros, embora posteriores em tempo, deve ter um uso exclusivo temporário e não perpétuo, caso a sociedade não julgue preferível abonar desde logo uma indenização que legitime a vulgarização.<sup>176</sup>

#### 4.2.3.2 *O pensamento de CONSELHEIRO RIBAS*

RIBAS, por sua vez, aludia à desapropriação para divisar as competências do contencioso administrativo e do contencioso judicial, assim como URUGUAY. Esse ponto requer um prévio esclarecimento: vigorou, durante o período imperial, a dualidade de jurisdições, administrativa e judicial.<sup>177</sup>

RIBAS falava de desapropriação no contexto dessa divisão. Dizia que existiam o executivo governamental, o executivo administrativo e o executivo judiciário, cujos códigos eram, respectivamente, o direito público, o direito administrativo e o direito privado.<sup>178</sup>

O executivo governamental tinha as funções de escutar, esclarecer e guiar a opinião pública, moderar e dirigir “as paixões do povo”, sondar e sanar suas necessidades, formular princípios e coordenar os agentes da administração. Era uma clara referência aos poderes do Imperador, notadamente ao poder moderador.

O executivo administrativo tinha as funções de gerência prática dos interesses públicos, e representava e defendia os interesses sociais.<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, p. 430-431.

<sup>177</sup> José Reinaldo de Lima LOPES localiza na data de 1866 uma “espécie de divisor de águas porque a partir daí houve uma evidente tendência para reservar ao Judiciário larga esfera de atuação, ressaltando-se sempre que o contencioso administrativo continuava a ser considerado constitucional em princípio. [...] Em 1841 (Lei n. 242), criou-se o juiz privativo dos feitos da fazenda: juiz pertencente ao Judiciário, embora especializado. Mais tarde, em 1859, reorganizou-se o Tribunal do Tesouro, incumbido do contencioso toda vez que não se tratasse de direitos contratuais ou de propriedade.” (**O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213-214).

<sup>178</sup> “Contencioso administrativo: I – processos em que os administrados discutem com administração, considerada ramo do poder público, pretensões que se fundem em direitos; e II – processos em que os administrados discutem entre si os seus direitos quanto ao modo pelo qual a administração, como poder público, exerce uma atribuição, como quando distribui ônus e gozos comuns. Contencioso judiciário: I - processos entre os particulares em que se litiga acerca dos direitos privado; II – processos em que os particulares litigam com a administração considerada representante de pessoa jurídica (o Estado) acerca dos direitos e obrigações de que este é capaz. A capacidade jurídica do Estado compreende o direito de propriedade, os jura in re, os das obrigações e sucessões, como meio de adquirir, e o poder sobre os escravos (Savigny).” CONSELHEIRO RIBAS. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866, p. 169-170.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 52.

Já o executivo judiciário tinha as funções de velar sobre as relações “individuais e recíprocas dos associados”, respeitar os direitos e deveres dessas relações e aplicar penalidades comuns.<sup>180</sup>

Nesse âmbito existiam as jurisdições administrativa e a judiciária, que se dividiam em graciosa e contenciosa. O executivo exercia jurisdição graciosa quando conhecia de pretensões de partes que falavam em nome de meros interesses; neste caso, a atuação administrativa era “essencialmente discricionária”, porque a Administração não se encontrava diante de direitos dos administrados, podendo julgar conforme a conveniência aos interesses gerais. Por outro lado, o executivo exercia jurisdição contenciosa quando as partes procuravam fazer valer os seus direitos, e não meros interesses; nestes casos, a Administração era obrigada a atender aos pleitos e a respeitar os direitos, “cingindo-se aos textos das leis, regulamentos e contratos de onde eles emanam”.<sup>181</sup>

A desapropriação era mencionada como exemplo de matéria que, quando submetida à jurisdição, era objeto do fenômeno jurídico da “desclassificação”. RIBAS explicava:

Posto que a ciência extreme, em geral, a órbita do contencioso administrativo em relação às do judiciário e gracioso, reconhece que, já pela conexão das matérias, já por outros motivos de pública utilidade, convém algumas vezes alargar ou restringir estas órbitas, incluindo matérias estranhas, ou excluindo as próprias: é isto o que tecnicamente se denomina *desclassificação*.<sup>182</sup>

Assim, embora a desapropriação incidisse sobre direito (o direito de propriedade), e não sobre mero interesse, e isso implicasse, em princípio, submeter a matéria à jurisdição contenciosa; e embora a desapropriação versasse sobre direito privado (o direito de propriedade), e isso implicasse, em princípio, submeter a matéria à competência do executivo judiciário; não ocorria nem uma coisa, nem outra. A matéria da desapropriação sofria dupla desclassificação; era transferida da esfera judiciária para a administrativa, e da jurisdição contenciosa para a jurisdição graciosa.<sup>183</sup>

O fundamento consistia no “risco de empecilhos à atuação da Administração”, que justificava ao legislador se apartar dos princípios gerais de competência para “dar maiores seguranças a interesses que considera muito importantes”, e para subordinar “os direitos dos particulares ao interesse geral, entregando-os à ação discricionária da Administração.”<sup>184</sup>

---

<sup>180</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866, p. 52.

<sup>181</sup> Ibid., p. 52.

<sup>182</sup> Ibid., p. 172.

<sup>183</sup> Ibid., p. 176-177.

<sup>184</sup> Ibid., p. 174-175.

Tal como explicava RIBAS:

Com efeito, se o administrador, sempre que no preenchimento de sua tarefa encontra uma pretensão que se diz fundada em direito, devesse suspender a sua ação e sujeitar a questão a outra autoridade, ver-se-ia a cada passo tolhido no desenvolvimento de sua atividade, e correriam graves riscos a prosperidade e a própria conservação da sociedade.<sup>185</sup>

Tratava-se do prenúncio do que hoje se conhece e se denomina, em Direito Administrativo, de autoexecutoriedade.<sup>186</sup>

#### 4.2.3.3 *O pensamento de VISCONDE DO URUGUAY*

O mesmo raciocínio a que aderia RIBAS é extraído da obra de URUGUAY.<sup>187</sup>

Para o autor, Direito Civil ou Privado, em contraposição ao Direito Natural e ao Direito Público (Direito Não Privado<sup>188</sup>), é aquele que tem por objeto diretamente um interesse individual. Compreende as leis que regem os contratos, as doações, sucessões, os diferentes modos de adquirir ou perder a propriedade, o “poder marital” e o “pátrio poder”, e geralmente todas as relações entre as pessoas.<sup>189</sup>

---

<sup>185</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866, p. 160.

<sup>186</sup> Autoexecutoriedade “é a nota pela qual o ato administrativo é executado, colocado em prática, pela própria Administração, com os próprios meios, sem necessidade do consentimento de qualquer outro poder ou autoridade. A justificativa essencial dessa nota característica reside na necessidade de que o atendimento imediato e contínuo do interesse público não seja retardado por manifestações contrárias de quem quer que seja.” MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 152.

<sup>187</sup> É possível que o interesse notável da literatura do Império pelo tema da desapropriação no âmbito da dualidade de jurisdições tenha decorrido da profusão de casos levados a julgamento (a parecer pelo Conselho de Estado). José Reinaldo de Lima LOPES explica que “A partir de 1862 mais propriamente começaram a aparecer na seção de justiça [do Conselho de Estado] casos em que as autoridades contratavam com particulares (concessões de autorizações para melhorar menos serviços públicos, construção de estradas de ferro e outros), ou questões de desapropriação e no total surgiram 18 casos (34% do total), isto é, mais de 1/3 das questões. Antes disso as questões versavam sobre conflitos com a polícia, com as autoridades eclesiásticas, com comandantes de armas. Isso não é de espantar. Trata-se do período de expansão das atividades das grandes empresas capitalistas de serviços e utilidade pública (fornecimento de água, iluminação a gás transportes urbanos – carris urbanos e bondes –, transporte por estrada de ferro) ou de obras de modernização da infraestrutura dos portos (as famosas companhias de Docas, mas também as companhias de melhoramentos urbanos, prestação de serviços as câmaras municipais etc.)” (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211-212). Ou seja, o debate em torno do contencioso vai se desenvolvendo quando o poder público começa a contratar com particulares com maior frequência e a autorizar ou promover desapropriações.

<sup>188</sup> VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**, t. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, t. I, p. 4.

<sup>189</sup> *Ibid.*, t. I, p. 3.

O Direito Público, por sua vez, se dividiria em Direito Constitucional e Direito Administrativo,<sup>190</sup> e somente seriam propriamente de Direito Administrativo as relações da Administração com o cidadão.<sup>191</sup>

Não significa dizer que URUGUAY considerava existir uma divisão estanque entre os ramos do Direito; muito ao contrário, o autor desde logo indicava que todos os ramos se relacionavam<sup>192</sup> e, mais especificamente, que existiam “leis de natureza mista”, em que incluía a legislação sobre desapropriação.

Eis a observação de URUGUAY:

É preciso não restringir o Direito administrativo ao conhecimento e aplicação das leis propriamente administrativas, que regulam pontos da organização, ou ação administrativa. Supostos estas leis sejam o principal elemento daquele Direito, não o constituem elas exclusivamente. Por quanto há leis de natureza mista, cuja aplicação, pelo que respeita a questões de propriedade, ou penalidade, é de competência do Poder judicial, e as quais contudo fazem parte do Direito administrativo, pelo que respeita às relações da administração com os administrados. Tais são por exemplo as nossas leis sobre a desapropriação por utilidade pública. Tal é, por exemplo, a nossa Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850.<sup>193</sup>

Por outro lado, e assim como em RIBAS, o entendimento de URUGUAY era apresentado com o intuito de divisar as competências do contencioso administrativo e do contencioso judicial. Dizia URUGUAY que “a Justiça tem por fim o direito privado. A Administração a conveniência e interesse geral”,<sup>194</sup> e citava a intervenção do Senador B. P. de Vasconcelos na sessão do Senado de 1º de julho de 1841, indicando que “não temos bem compreendido o que comporta a cada um dos poderes do Estado”, uma vez que o legislativo vinha adotando leis “passando coisas propriamente administrativas” ao Poder Judiciário. O exemplo fornecido era justamente o da Lei de 9 de setembro de 1826, que definiu os casos de desapropriação.<sup>195</sup>

Como se vê, era uma preocupação do autor a definição de competências, tendo em vista a dualidade de jurisdições então em vigor no Brasil. E URUGUAY se valia novamente da distinção entre direitos e interesses para afirmar que, se a matéria atinge direito, deve ser considerada contenciosa e contemplar todas as garantias correspondentes;<sup>196</sup> se, por sua vez, a

---

<sup>190</sup> VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**, t. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, t. I, p. 5.

<sup>191</sup> Ibid., t. I, p. 9.

<sup>192</sup> Ibid., t. I, p. 4 e p. 16.

<sup>193</sup> Ibid., t. I, p. 13.

<sup>194</sup> Ibid., t. I, p. 32.

<sup>195</sup> Ibid., t. I, p. 32, nota de rodapé 1.

<sup>196</sup> Ibid., t. I, p. 89-90 e 125.

matéria envolve questão de “puro mando”, deve ser considerada graciosa e submetida à jurisdição graciosa correspondente.<sup>197</sup>

Mas URUGUAY também reconhecia que haveria matérias que atingiriam direitos e que estariam afastadas do contencioso.

Neste caso, a justificativa de URUGUAY, diferentemente daquela de RIBAS, não residia na necessidade concreta de não serem criados obstáculos à atuação administrativa (prenúncio da autoexecutoriedade),<sup>198</sup> mas na estrutura da norma; segundo URUGUAY, os atos administrativos que emanassem de uma autorização tão positivamente discricionária conferida pela lei poderiam importar em sacrifício dos direitos que pudessem lhe ser opostos.<sup>199</sup> Embora não pudesse existir direito contra direito (“não há direito contra direito”<sup>200</sup>), isso não significava que o próprio direito não pudesse prever hipóteses para sua própria modificação ou para o sacrifício de direitos.

Era desse modo que o autor enfrentava os aparentes conflitos entre normas que, de um lado, previam direitos primitivos ou propriamente ditos (decorrentes diretamente da lei e “inerentes” à pessoa, tais como aqueles inerentes à qualidade de proprietário ou de cidadão<sup>201</sup>), e direitos adquiridos (que decorriam de atos administrativos puramente discricionários); e, de outro lado, normas que atribuíam competência (conferiam “poder de mando”) ou previam hipóteses para o sacrifício desses mesmos direitos.

Nas palavras de URUGUAY:

Assim eu diria: é contencioso ou dá lugar ao contencioso o ato administrativo fundado em um interesse especial, que emana do interesse geral, discutido, em contato com o direito privado contanto que aquele ato administrativo não emane de um poder discricionário especialmente conferido pela lei, porque então é a lei que autoriza ferir ou modificar o direito. E não há direito contra direito.<sup>202</sup>

### 4.3 OS TEMAS ESPECÍFICOS

---

<sup>197</sup> VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**, t. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, t. I, p. 101.

<sup>198</sup> O que não significa dizer que URUGUAY desprezasse o tema; ao contrário, ele considerava necessário que a Administração pudesse remover os obstáculos que a execução de seus atos encontrasse nos direitos dos particulares, ouvindo, examinando e decidindo, com as necessárias garantias, as reclamações levantadas. *Ibid.*, t. I, p. 177.

<sup>199</sup> *Ibid.*, t. I, p. 95.

<sup>200</sup> *Ibid.*, t. I, p. 108.

<sup>201</sup> *Ibid.*, t. I, p. 90.

<sup>202</sup> *Ibid.*, t. I, p. 108.

A matéria de desapropriação e, notadamente, a matéria de propriedade, eram objeto de incursões quando a literatura jurídica do Império tratava de alguns temas específicos e característicos da sua época. É o que se passava com os temas das concessões de terras, títulos e cargos públicos; e com o tema do trabalho escravo.

Esses temas vêm sendo referidos por autores bem mais recentes como uma evidência de contradição entre a ideologia liberal predominante no Império e as suas estruturas jurídicas. A contradição residiria em que, se de um lado predominava o ideário liberal, notável na literatura, nos debates parlamentares, na legislação, de outro lado ainda prevaleciam formas medievais de apropriação da terra e de cargos públicos, e o trabalho humano era explorado em regime de escravidão.

Assim, por exemplo, FONSECA afirma que o sistema de terras brasileiro, durante o período imperial, era “colorido” por instituições feudais e práticas de ocupação não modernas; que subsistia um “paradoxo entre o mundo histórico (dos fatos, do homem de carne e osso) e o mundo do direito formal (do homem abstrato e universal, pleno de direitos)”, uma vez que a Constituição do Império se apresentava “flagrantemente iluminista e liberal (no âmbito formal)”.<sup>203</sup>

WOLKMER, por sua vez, examina o processo de independência do Brasil e identifica o que chama de “ambiguidades e limites do liberalismo brasileiro”, que teve de conviver com uma estrutura político-administrativa patrimonialista e conservadora e com a dominação econômica escravista das elites agrárias.<sup>204</sup>

Parece que a contradição é mesmo evidente se tomada do ponto de vista de que o ideário liberal moderno invoca a liberdade e a dignidade do homem (do ser humano), senhor do seu trabalho e das suas propriedades, algo que é naturalmente contrário à escravidão e ao domínio imperial das terras. Mas é justamente durante a exposição desses temas (trabalho escravo, concessões de terras) que a literatura jurídica do Império elabora as suas ideias mais significativas sobre a desapropriação e a utilidade (notadamente individual) da propriedade. Aliás, é possível dizer que a ideologia liberal não impedia a adaptação do discurso da propriedade e da desapropriação modernas para um contexto econômico e social em que se preservavam instituições diametralmente opostas aos valores da modernidade.

---

<sup>203</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil*. **Anuário Mexicano de História del Derecho**, v. XVII, 2005, p. 97-112. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/issue/view/1653>. Acesso em: 24 abril 2018, p. 107.

<sup>204</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 249 e et. seq.

### 4.3.1 As concessões

Veja-se o exemplo da “propriedade” das concessões. A literatura não hesitava em afirmar que as concessões reais constituíam propriedade do sujeito que recebia a concessão. Aliás, eram corriqueiras as referências a essa espécie de “propriedade” quando os autores aludiam às concessões de terras, de ofícios e de cargos públicos.

URUGUAY dizia: “Feita uma concessão pela administração o objeto concedido torna-se propriedade do outorgado.”<sup>205</sup>

#### 4.3.1.1 *As concessões de terras*

As terras podiam ser objeto de concessão. Em tese, o território brasileiro era domínio eminente da coroa. As terras eram concedidas a particulares, preservado o domínio eminente da coroa, a quem competia retomá-las, notadamente por razões políticas.<sup>206</sup> Logo, e aplicando-se os padrões modernos, o que se via era o domínio desdobrado, que a modernidade buscou encerrar para garantir a plenitude da propriedade e do domínio privado.

Ainda no período colonial, o Brasil adotara, para concessão de terras, o regime das sesmarias.<sup>207</sup>

As sesmarias eram espécies de concessões referidas primeiro na Lei de Sesmarias de D. Fernando I, de 1375, de Portugal, depois nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Tinham por finalidade destinar ao cultivo e ao aproveitamento as terras e construções que se tornassem ociosas em Portugal, com a finalidade de abastecimento alimentar do reino.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**, t. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, t. I, p. 89-90 e 125.

<sup>206</sup> Não significa dizer, como fizera LIMA PEREIRA (LIMA PEREIRA. **Da propriedade no Brasil**. São Paulo: Casa Duprat, 1932, p. 12), que até a primeira parte do século XIX era dado apropriar-se dos bens dos súditos, “independentemente de qualquer formalidade, de qualquer processo preliminar e de qualquer indenização”. Afinal, ainda no primeiro quarto do século XIX houve a edição de Decreto, em 21 de maio de 1821, proibindo expropriações sem indenização. Por outro lado, a afirmação deve ter sua razão de ser, porque Dom Pedro, então Príncipe Regente, nas justificativas do Decreto, dizia ter-lhe chegado ao conhecimento que “se cometem os atentados de tomar-se, a pretexto de necessidades do Estado, e Real Fazenda, efeitos de particulares contra a vontade destes”. Somente uma investigação específica, de cunho historiográfico, poderia desvendar a questão.

<sup>207</sup> Para estudo específico das sesmarias, em Portugal e no Brasil, conferir CIRNE LIMA, Ruy. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4. ed. fac-símile. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990 e VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>208</sup> CIRNE LIMA, Ruy. Op. Cit.; e VARELA, Laura Beck. Op. Cit.

Na sua formulação original, as sesmarias se vinculavam ao “princípio do cultivo”. Impunha-se, em tese, àquele que recebesse em concessão uma sesmaria em Portugal, o encargo de cultivo ou aproveitamento do bem. A literatura narra que a Lei de Sesmarias de 1375 previa “uma primeira e rudimentar formulação da *obligatoriedade do cultivo*, cujo descumprimento acarretava a expropriação forçada da gleba.”<sup>209</sup> Os bens, quando não cultivados ou aproveitados, “retornavam” ao patrimônio da Coroa, eram “devolvidos”, daí advindo o termo ‘terras devolutas’ –, já que o rei, por direito de (re)conquista, tinha o domínio eminente sobre todo o território e podia dar terras de sesmaria”.<sup>210</sup>

Ainda em Portugal, a distribuição das concessões de sesmarias era gerida por sesmeiros. Prevalencia a regra segundo a qual a quantidade de terra concedida em sesmaria deveria ser equivalente àquela que o outorgado fosse capaz de aproveitar. O trecho das Ordenações Manuelinas e Filipinas, reproduzido a seguir e extraído da obra de Ruy CIRNE LIMA, demonstra a gravidade da decisão dos sesmeiros de dar e retomar uma sesmaria:

E serão avisados os sesmeiros que não deem maiores terras a uma pessoa, que as que razoadamente parecer que no dito tempo poderão aproveitar.

E se as pessoas, a que assim forem dadas as sesmarias, as não aproveitarem ao tempo que lhes for assinado, ou no tempo que nesta Ordenação lhes assinamos, quando expressamente lhes não for assinado, façam logo os sesmeiros executar as penas que lhes forem postas, e deem as terras que não estiverem aproveitadas a outros que as aproveitem, assinando-lhes tempo e pondo-lhes a dita pena.

E as que lhes acharem aproveitadas lhes deixarão com mais algum logradouro do que não estiver aproveitado quanto lhes parecer necessário para as terras que lhes ficam.

E as que não estiverem aproveitadas darão sem ser citada a pessoa a que primeiro foram dadas.<sup>211</sup>

O domínio sesmarial em Portugal “não se tratava, portanto, de ‘domínio’ ou ‘posse’ abstratamente considerados, mas de domínio adjetivado pelo atributo da utilidade.”<sup>212</sup> Era uma “propriedade condicionada, não-absoluta, à mercê dos ditames da política régia.”<sup>213</sup>

---

<sup>209</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>211</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4. ed. fac-símile. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p. 25-26.

<sup>212</sup> VARELA, Laura Beck. *Op. Cit.*, p. 59-60. Mas essa formulação não se manteve; a literatura relata que mesmo as sesmarias portuguesas passaram a prescindir do princípio do cultivo. CIRNE LIMA esclarece: “Tanto nas Ordenações Manuelinas, como nas Filipinas, a definição de sesmarias é a seguinte: - ‘Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casas, ou pardieiros, que foram, ou são de alguns Senhores, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são.’ Nesta definição claramente se mostra a evolução do instituto [...]” CIRNE LIMA, Ruy. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>213</sup> VARELA, Laura Beck. *Op. Cit.*, p. 55.



As sesmarias brasileiras eram distintas em virtude do tamanho do Brasil e da finalidade última de colonização. Se a finalidade das sesmarias portuguesas era o abastecimento da população num contexto de terras limitadas, a dimensão territorial do Brasil propiciava terras em abundância e poucos recursos para cultivá-las.

Assim, a concessão de sesmarias no Brasil prestigiava os candidatos a latifúndios, que dificilmente teriam condições de ocupar materialmente as terras, mas que desejavam o seu domínio. Era o “espírito latifundiário”, como explicava CIRNE LIMA: “a concessão de sesmaria não é mais a distribuição compulsória” das terras, “em benefício da agricultura”, condicionada ao cultivo; mas “reveste o aspecto de uma verdadeira doação de domínios régios, a que só a generosidade dos doadores serve de regra”.<sup>214</sup>

Ademais, as sesmarias também eram concedidas para a construção de engenhos de açúcar e estabelecimentos assemelhados, de modo que seus os pretendentes precisavam comprovar capacidade econômica muito significativa para obterem uma concessão.<sup>215</sup>

A literatura narra que a Resolução 76, de 17 de julho de 1822,<sup>216</sup> põe fim ao regime das sesmarias no Brasil, e que a norma “sancionava apenas um fato consumado: – a instituição das sesmarias já havia rolado fora da órbita de nossa evolução social.”<sup>217</sup> Aos colonizadores era mais fácil ocupar as terras devolutas do que obter uma concessão de sesmaria, a ponto de a ocupação passar a ser considerada modo legítimo de aquisição do domínio “paralelamente a princípio, e, após, em substituição ao nosso tão desvirtuado regime das sesmarias”.<sup>218</sup>

Com o fim das sesmarias, o Brasil passou ao que ficou conhecido na literatura jurídica como “regime de posses”,<sup>219</sup> que manteve o “espírito latifundiário”<sup>220</sup> e perdurou até 1850, com a publicação da Lei 601, de 18 de setembro de 1850, a chamada Lei de Terras. A partir de então, a propriedade das terras públicas (devolutas<sup>221</sup>) só era adquirida mediante compra ou, ainda, mediante outras concessões. Foi o que estabeleceu o art. 1º: “Ficam proibidas

---

<sup>214</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4. ed. fac-símile. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p. 39 e 42.

<sup>215</sup> Ibid., p. 39-40 e p. 43.

<sup>216</sup> BRASIL. **Resolução 76, de 17 de julho de 1822**. Manda suspender a concessão de sesmarias futuras até a convocação da Assembleia Geral Constituinte. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/conteudo/colecoes/legislacao/Legimp-F\\_63.pdf](https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/conteudo/colecoes/legislacao/Legimp-F_63.pdf). Acesso em: 21 abr. 2022.

<sup>217</sup> CIRNE LIMA, Ruy. Op. Cit., p. 47.

<sup>218</sup> Ibid., p. 51.

<sup>219</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Dimensão jurídica e formas de apropriação no Brasil*. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p.29-64, 2012, p. 72; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 466.

<sup>220</sup> CIRNE LIMA, Ruy. Op. Cit., p. 58.

<sup>221</sup> “As terras públicas que não se achavam aplicadas a algum uso ou serviço do Estado, províncias ou municípios.” PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**, 2v. Edição fac-símile (1943). Brasília: Senado Federal / STJ, 2004, v. 1, p. 142.

as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra. Excetuam-se as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas, as quais poderão ser concedidas gratuitamente.”<sup>222</sup>

#### 4.3.1.2 *As concessões de infraestruturas*

Na década de 1830 têm início as concessões outorgadas para exploração de obras e infraestruturas públicas, notadamente as concessões para construção e exploração de estradas de ferro. Se, de um lado, as concessões eram consideradas “propriedade” do concessionário, de outro as concessões de infraestrutura propiciavam oportunidade para desapropriações e, até mesmo, outorgavam aos concessionários poderes para realizar desapropriações.

A literatura faz referência a que desde 1831 vinham sendo concedidas “autorizações” para implantar e explorar estradas de ferro e que, em outubro de 1835, foi editada a primeira lei de que se tem notícia a esse respeito, a chamada Lei Feijó, do período de regência do Padre Feijó.<sup>223</sup> Já em 1852 foi editada a Lei 641, de 26 de junho, que vigorou durante todo o Império.<sup>224</sup>

Na literatura da época, PIMENTA BUENO cita uma resolução do ano de 1855 (supõe-se que seja o Decreto 816, de 10 de julho de 1855<sup>225</sup>) que autorizou o governo imperial a estabelecer condições sobre a desapropriação dos terrenos necessários para a estrada de ferro de Dom Pedro II;<sup>226</sup> e RIBAS alude ao Decreto 1664 de 27 de outubro de 1855, sobre a desapropriação nos casos de construção de obras e serviços das estradas de ferro.<sup>227</sup>

---

<sup>222</sup> BRASIL. **Lei 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm). Acesso em: 21 maio 2019.

<sup>223</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 222.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 222.

<sup>225</sup> BRASIL. Decreto 816, de 10 de julho de 1855. Autoriza o governo a estabelecer o processo para a desapropriação dos prédios e terrenos que forem necessários para a construção das obras e mais serviços pertencentes à Estrada de ferro Dom Pedro Segundo, e às outras estradas de ferro do Brasil, e a marcar as regras para a indenização dos proprietários. **Collecção das Leis do Império do Brasil de 1855**, tomo XVI, parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1856, p. 12.

<sup>226</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, p. 430.

<sup>227</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2v. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro Editor, 1880, v. 1, p. 243. Era um dos Decretos que regulamentava a execução do Decreto 816, de 10 de julho de 1855. Para consulta ao Decreto, cf. BRASIL. Decreto 1664, de 27 de outubro de 1855. Dá regulamento para execução do Decreto n. 816 de 10 de julho do corrente ano sobre desapropriações para construção de obras e serviços das Estradas de ferro do Brasil. *In: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1855*, tomo XVIII, parte II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1856, p. 552 *et seq.*

É interessante observar que a referência de RIBAS vinha a propósito da desapropriação de “direitos adquiridos” e do princípio da não retroatividade da lei. Citando outras normas sobre desapropriação (o art. 10, § 3º, do Ato Adicional à Constituição do Império, que tratou da desapropriação por utilidade provincial ou municipal; a Lei de 9 de Setembro de 1826, sobre a desapropriação nos casos de necessidade pública; o Decreto 353, de 12 de julho de 1845, sobre a desapropriação em casos de utilidade pública geral e municipal da corte), RIBAS afirmava:

Nem se receie, que peada a lei pelo princípio da não-retroatividade, possa algumas vezes correr perigo a ordem pública. Assim como esta pôde manter-se antes da lei, poderá na maior parte dos casos continuar a manter-se depois dela, sem ser necessário estender retroativamente a sua ação. E quando se torne indispensável privar alguém de seus direitos adquiridos, restará o meio constitucional da desapropriação com a prévia indenização do seu valor.<sup>228</sup>

O tema dos “direitos adquiridos” será retomado a seguir, quando examinada obra do período de 1930 a 1988, mas a referência já evidencia o título pelo qual a literatura jurídica da época entendia a concessão como propriedade; tratava-se de direito adquirido.

#### 4.3.1.3 *As concessões de ofícios e de cargos públicos*

O mesmo raciocínio se aplicava aos ofícios e cargos públicos. A literatura jurídica se referia, por exemplo, a juízes e conselheiros “proprietários”, na acepção de titulares de cargos, que integravam o patrimônio de cada qual.<sup>229</sup> A noção de propriedade definia o seu estatuto jurídico.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2v. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro Editor, 1880, v. 1, p. 243.

<sup>229</sup> VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**, t. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, t. I, p. 262, citando intervenção do Senador B. P. de Vasconcellos em sessão do Senado.

<sup>230</sup> Tratava-se do que FAORO chamava de “sistema patrimonialista” de um Estado “pré-liberal”, em que o poder não correspondia a uma função pública, mas era objeto de apropriação privada (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 36 e 198). COMPARATO explica: “Para Raymundo Faoro, a sociedade brasileira – tal como a portuguesa, de resto – foi tradicionalmente moldada por um estamento patrimonialista, formado, primeiro, pelos altos funcionários da Coroa, e depois pelo grupo funcional que sempre cercou o Chefe de Estado, no período republicano. Ao contrário do que se disse erroneamente em crítica a essa interpretação, o estamento funcional governante, posto em evidência por Faoro, nunca correspondeu àquela burocracia moderna, organizada em carreira administrativa, e cujos integrantes agem segundo padrões bem assentados de legalidade e racionalidade. Não se trata, pois, daquele estamento de funcionários públicos encontrável nas situações de ‘poderio legal com quadro administrativo burocrático’ da classificação weberiana, mas de um grupo estamental correspondente ao tipo tradicional de dominação política, em que o poder não é uma função pública, mas sim objeto de apropriação privada. Sob esse aspecto, o Brasil representa, de fato, um exemplo conspícuo de país, em que a nação foi criada pelo Estado.” COMPARATO, Fabio Konder. *Raymundo Faoro historiador. Estudos Avançados*, v. 17, n. 48, p. 330-337. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9939>. Acesso em: 04 abr. 2020.

A referência é explicada na contemporaneidade por LOPES: “juiz proprietário” equivale a juiz vitalício, juiz perpétuo (tal como o direito de propriedade), um uso linguístico que denunciava a concepção antiga de privilégio e de direito patrimonial que acompanhava os cargos públicos.<sup>231</sup>

Aliás, LOPES também identifica que a matéria do provimento e da propriedade de cargos ou ofícios da Administração e da Igreja era levada à Seção de Justiça do Conselho de Estado,<sup>232</sup> e que uma parte considerável desse trabalho envolvia a organização da burocracia judiciária. Nesse âmbito, uma grande dificuldade vinha das discussões a respeito da natureza dos cargos e ofícios dessa burocracia. “Diversas vezes os juízes efetivos e vitalícios são chamados de juízes proprietários e o mesmo vale com mais razão para os servidores da justiça (oficiais, escrivães em geral etc.)”<sup>233</sup>

Da mesma forma, LOPES narra ter havido numerosas consultas sobre a propriedade dos ofícios de justiça, que consistiam em escrivanias, tabelionatos e registros, os quais eram remunerados por custas e emolumentos. As consultas diziam respeito a indenizações e queixas pela perda de receita ou renda decorrente de alterações na organização territorial dos ofícios.<sup>234</sup>

#### 4.3.2 A propriedade das minas

Outro assunto que ganhou a atenção da literatura jurídica do Império, e que envolveu propriedade e desapropriação, é o da propriedade das minas, para fim de concessão minerária. Discutiu-se quem seria o proprietário das minas que não fossem localizadas em terras públicas e devolutas; se continuavam em vigor as leis portuguesas, que não reconheciam ao dono do solo o direito às minas existentes sob sua propriedade, ou se caberia invocar a plenitude do direito de propriedade, inclusive do solo, previsto no art. 179, § 22, da Constituição do Império, para estabelecer que as minas seriam privadas.

A discussão é narrada por Antonio Herculano de Souza BANDEIRA, que se posicionava contrariamente às interpretações que privilegiavam o art. 179, § 22, da Constituição, ou que afirmavam que as concessões de privilégios para exploração de minas

---

<sup>231</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226; p. 262.

<sup>232</sup> Ibid., p. 166.

<sup>233</sup> Ibid., p. 180.

<sup>234</sup> Ibid., p. 163-164. As consultas chegavam ao Conselho não obstante a publicação da Lei de 11 de Outubro de 1827, que dispunha sobre o provimento de cargos e ofícios de justiça e fazenda e determinava que nenhum ofício de justiça ou fazenda, seja qual for a sua qualidade ou denominação um, seria conferido o título de propriedade (Ibid., p. 180-181).

existentes em terrenos particulares “são verdadeiros atentados contra o direito de propriedade” (era a afirmação de Teixeira de Freitas e de Lafayette Rodrigues Pereira).<sup>235</sup> Aliás, aqueles que defendiam a propriedade privada das minas invocavam ainda o Decreto de 27 de janeiro de 1829, que declarava “que os súditos do Império não precisam de autorização para empreender a mineração nas terras de sua propriedade por meio de companhias de sócios nacionais e estrangeiros”.<sup>236</sup>

BANDEIRA se opunha a essas ideias e sua argumentação era notavelmente distinta do discurso jurídico que sustentava a plenitude do direito de propriedade e que exaltava o Imperador.

Em primeiro lugar, ele afirmava que a Constituição do Império traçara as atribuições dos poderes políticos, deixando a monarquia de ser absoluta. Com isso, o Imperador não poderia dispor das minas à vontade; “elas deixaram de ser *domínio da coroa* ou *direito real*” e “incorporaram-se no domínio público, como *propriedades ou bens nacionais ou do Estado*.” Ou seja, a concessão das minas passara a competir ao poder executivo; “A *nação* substituiu o *rei*”.<sup>237</sup>

Em segundo lugar, BANDEIRA pontuava que o direito de propriedade é limitado pela lei com a garantia do “poder social”, sem o qual a propriedade seria impossível. É a percepção moderna da propriedade, no seu viés de quase absolutismo (cf. supra), mas com moderação: o autor não falava de um direito natural à propriedade, mas de um regime legal da propriedade, em que não caberia reclamação além daquilo que a lei prevê. Só existiria direito natural à propriedade quando esta resultasse do trabalho da pessoa, e isso não se passava com a descoberta de uma riqueza mineral.

Eis o pensamento do autor:

Em todas as nações a propriedade foi sempre subordinada aos limites que lhe traçaram as leis civis. Não é nas leis políticas que se devem buscar as disposições que a regulam. E aquelas limitações das leis civis jamais foram reputadas atentado contra o direito individual. Sem a garantia do poder social

---

<sup>235</sup> BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. **A propriedade das minas: estudo de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885, p. 12 e et. seq. A publicação original foi destinada ao público geral e à imprensa (Gazeta de Notícias), como intuito de defender “a propriedade pública contra uma teoria que importa a sua espoliação” (p. 18).

<sup>236</sup> BRASIL. Decreto de 27 de janeiro de 1829. Declara que os súditos do Império não precisam de autorização para empreender a mineração nas terras de sua propriedade por meio de companhias de sócios nacionais e estrangeiros *In: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1829*, parte II. Rio de Janeiro: NA Typographia Nacional, 1877, p. 21-22. BANDEIRA ainda relatava que, em 1866, um aviso do governo (n. 461 de 22 de outubro) declarou sem vigor o Decreto de 27 de janeiro de 1829, restaurando a legislação colonial e afirmando o direito do Estado aos minerais existentes no subsolo. Mas a discussão perdurou. Cf. BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>237</sup> BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. *Op. Cit.*, p. 27-28.

a propriedade é impossível, e mais do que todas, a propriedade territorial. Por isso mesmo, o poder social tem a faculdade de prescrever as condições de que torna dependente a concessão da sua garantia, e, uma vez e estabelecidas, essas condições perfazem o regime legal da propriedade, o qual não se presume alterado senão quando disposição expressa de lei o modifica. Os proprietários, quando alegam o seu direito de propriedade, nada mais podem reclamar além daquilo que se contém nos limites da lei.<sup>238</sup>

Não obstante, a questão da propriedade das minas era controvertida. A partir da década de 1850, as concessões minerárias passaram a ser outorgadas com aprovação do poder legislativo, a quem competia conceder também uma autorização especial para o concessionário realizar desapropriação, embora a mineração não figurasse entre as causas de necessidade e utilidade pública previstas na legislação sobre o tema.<sup>239</sup>

Assim, por exemplo, por meio do Decreto 1993, de 12 de outubro de 1857, o Imperador concedeu ao Barão de Mauá, ao Conselheiro Luiz Antonio Barbosa e ao Comendador Luiz Alves Leite de Oliveira Bello o privilégio de explorar, por uma Companhia, minas no Rio Grande do Sul, por trinta anos.<sup>240</sup> As condições da exploração foram estabelecidas pelo Decreto 982, de 22 de setembro de 1858. Este Decreto previu, no art. 5º, que confirmada a existência dos produtos minerais, “obterá a Companhia a concessão das datas de mineração especificadas”, “mediante desapropriação feita na forma da Lei”.<sup>241</sup>

#### 4.3.3 O regime de posses

Acima se falou da concessão de terras, que eram domínio da coroa. Após 1822, com o fim do regime das sesmarias, sobreviveram as sesmarias já outorgadas e as posses, que se constituíam em verdadeiras concessões, com a qualificação de propriedade que lhe era conferida à época.

A força do discurso da propriedade moderna incidia sobre a posse. Evidência disso consiste em que as desapropriações para construção de estradas de ferro foram acompanhadas

---

<sup>238</sup> BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. **A propriedade das minas: estudo de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885, p. 27-28. Cf. também p. 70.

<sup>239</sup> Ibid., p. 27-28. Cf. também p. 56.

<sup>240</sup> BRASIL. Decreto 1993, de 12 de outubro de 1857. Concede privilégio por 30 anos para aqueles que identifica, para lavrarem, por meio de uma Companhia, minas no Rio Grande do Sul. *In: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1857*, t. XX, parte II. Rio de Janeiro: NA Typographia Nacional, 1857, p. 343.

<sup>241</sup> BRASIL. Decreto 982, de 22 de setembro de 1858. Aprova, com alterações, as condições anexas ao Decreto 1993 de 12 de outubro de 1857. *In: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1858*, t. XIX, parte I. Rio de Janeiro: NA Typographia Nacional, 1858, p. 32-33.

de indenizações generosas aos posseiros,<sup>242</sup> e que as posses prevaleciam até mesmo sobre as sesmarias. CIRNE LIMA explicava, citando trecho de provisão de 14 de março de 1822:

A provisão de 14 de março de 1822 claramente o diz: – “Hei por bem ordenarvos procedais nas respectivas medições e demarcações, sem prejudicar quaisquer possuidores, que tenham efetivas culturas no terreno, porquanto devem eles ser conservados nas suas posses, bastando para título as reais ordens, porque as mesmas posses prevaleçam às sesmarias posteriormente concedidas.”<sup>243</sup>

A literatura jurídica, de sua parte, conferia à posse valor ou proteção equivalente ao da propriedade (na acepção da propriedade moderna).

Assim, para RIBAS, a posse era império natural ou material que os homens exercem sobre as coisas; domínio, por sua vez, era o império legal, ou o direito. Posse e domínio tinham em comum a vontade do homem e a coisa a ele submetida; o que distinguia o domínio era um terceiro elemento, que consistia no “princípio jurídico que regula e protege absolutamente o império da nossa vontade sobre a coisa que nos é própria”.<sup>244</sup>

Mas RIBAS insistia em que a posse também era protegida, enquanto extensão da personalidade e do trabalho humanos,<sup>245</sup> e que ir contra a posse era ir contra o direito porque a posse contém o “gérmen” do domínio; tanto isso seria verdade que privar da posse é impedir a usucapião, de modo que a posse, em si mesma, é um fato, mas considerada em suas consequências, é um direito.<sup>246</sup>

Titularidade, por sua vez, era referida por RIBAS como o fundamento da aquisição do direito, ou a sua causa.<sup>247</sup> E uma das causas de aquisição da titularidade (propriedade) à época residia na ocupação. As terras eram públicas, mas quem as ocupasse e as possuísse, e sobre elas trabalhasse, se tornaria o seu legítimo possuidor, dono ou proprietário. A literatura

---

<sup>242</sup> PEDROZA, Manoela. *Desapropriações que criam proprietários: o caso das vendas, expropriações e indenizações de terras particulares no Rio de Janeiro (Brasil, 1870-1910)*. In: VAZELESK, Vanderlei e GARCIA, Graciela (org.). **Vozes da Terra**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2014, p. 193-208. Disponível em: [https://www.academia.edu/31431765/Desapropria%C3%A7%C3%B5es\\_que\\_criam\\_propriet%C3%A1rios\\_o\\_caso\\_das\\_vendas\\_expropria%C3%A7%C3%B5es\\_e\\_indeniza%C3%A7%C3%B5es\\_de\\_terras\\_particulares\\_em\\_Campo\\_Grande\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_Brasil\\_1870\\_1910\\_In\\_Vazelesk\\_Vanderlei\\_e\\_Garcia\\_Graciela\\_orgs\\_Vozes\\_da\\_Terra\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_Multifoco\\_2014\\_pp\\_193\\_208](https://www.academia.edu/31431765/Desapropria%C3%A7%C3%B5es_que_criam_propriet%C3%A1rios_o_caso_das_vendas_expropria%C3%A7%C3%B5es_e_indeniza%C3%A7%C3%B5es_de_terras_particulares_em_Campo_Grande_Rio_de_Janeiro_Brasil_1870_1910_In_Vazelesk_Vanderlei_e_Garcia_Graciela_orgs_Vozes_da_Terra_Rio_de_Janeiro_Multifoco_2014_pp_193_208). Acesso em: 17 mar. 2022.

<sup>243</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4. ed. fac-símile. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p. 52.

<sup>244</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Da posse e das ações possessórias – segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico**. Nova edição. São Paulo: Miguel Melillo & Cia, Grande Livraria Paulista, 1901, p. 15.

<sup>245</sup> No mesmo sentido, ALENCAR, José de. **A propriedade**. Edição fac-símile (1883). Brasília: Senado Federal / STJ, 2004, p. 125 et. seq., citando John Locke.

<sup>246</sup> CONSELHEIRO RIBAS. Op. Cit., p. 19.

<sup>247</sup> Ibid., p. 69.

jurídica do Império registrava a “ocupação” como título aquisitivo da propriedade, ou como modo originário de adquirir o domínio.<sup>248</sup>

A construção da equivalência valorativa entre posse e propriedade levou RIBAS a afirmar que a posse se refere a toda a propriedade (ao domínio), enquanto a “quase-posse” se refere aos elementos da propriedade (aos seus desdobramentos).<sup>249</sup> E a admitir que a posse se caracterizava pela perpetuidade, porque seria prescindível a vontade ininterrupta de possuir para configurar a posse; tanto isso seria verdade que o “louco” não a perderia.<sup>250</sup>

Existe aí uma clara influência da doutrina de Friedrich Carl von SAVIGNY, não apenas sobre o pensamento de RIBAS, mas também de outros autores da época (veja-se, por exemplo, ALENCAR<sup>251</sup>). SAVIGNY, da Escola Histórica Alemã do início do século XIX,<sup>252</sup> é responsável pela conhecida “teoria subjetiva da posse”, centrada na proteção da pessoa.

Em SAVIGNY, a posse é fato e direito; é um poder de fato sobre uma coisa, mas também um direito porque deve ser protegida contra certas violações, e “é precisamente por causa dessa pretensão que existem regras concernentes à aquisição e à perda da propriedade como se fosse um direito.”<sup>253</sup> Ainda de acordo com o autor, o fundamento da proteção, e da assimilação da posse a um direito, consiste:

---

<sup>248</sup> TEIXEIRA DE FREITAS SENIOR, Augusto. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: B. L. GARNIER - Livreiro Editor, 1882, p. 289 et.seq.; TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**, v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: B. L. GARNIER – Livreiro Editor, 1871, p. 241. CIRNE LIMA cita a opinião de Lafayette Rodrigues PEREIRA: “Antes da citada lei (Lei de 1850) vigorava o costume de adquirirem-se por ocupação (posse era o termo consagrado) as terras devolutas. ... A dita lei aboliu aquele costume.” PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**, v. 1, p. 142; e CIRNE LIMA, Ruy. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4. ed. fac-símile. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p. 54. O acesso à obra original de Lafayette Rodrigues, de 1887, foi inviabilizado pelo fechamento das bibliotecas em decorrência da pandemia da Covid-19. A candidata dispôs da 5ª edição, fac-símile, já de 1943.

<sup>249</sup> Em outra passagem, RIBAS alude à quase-posse apenas como a servidão e o direito de superfície. CONSELHEIRO RIBAS. **Da posse e das acções possessórias – segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico**. Nova edição. São Paulo: Miguel Melillo & Cia, Grande Livraria Paulista, 1901, p. 108.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 167 e 175.

<sup>251</sup> Cf. ALENCAR, José de. **A propriedade**. Edição fac-símile (1883). Brasília: Senado Federal / STJ, 2004, *passim*, com diversos elogios a Savigny.

<sup>252</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 143. Nesta tese, não haverá detalhamento do pensamento de Savigny e, assim como em ARONNE, as referências à escola da exegese francesa, à escola histórica alemã, às eventuais expressões correspondentes a essas escolas (tais como “jurisprudência dos conceitos” e “pandectística”) serão tratadas como sinônimas. O tratamento parte do pressuposto de que essas escolas, embora localizadas, traduzem um modo de pensar o Direito que congrega os mesmos objetivos e inspirações, notadamente o estudo do Direito Romano, a racionalização e a sistematização do Direito (com variações). Cf. ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional**. 2. ed., rev. e ampl., atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 20.

<sup>253</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Tratado de la posesion, segun los principios de derecho romano**. S/ tradutor. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipografica, 1845, p. 24, tradução livre.



[...]na união deste estado puramente de fato com a pessoa que possui e cuja inviolabilidade serve ao mesmo tempo para protegê-la contra toda espécie de violações que poderiam também dirigir-se contra a pessoa mesma. A pessoa de fato deve estar sempre ao abrigo de toda violência, e se esta se comete, sempre é uma injustiça cujas consequências podem sem embargo ser diversas.<sup>254</sup>

Assim, se a pessoa que detém a coisa o faz com ânimo de proprietário ou a intenção de ter a coisa como sua, há posse, que deve ser protegida como corolário da proteção da própria pessoa; se estiver ausente o ânimo, há mera detenção.

WALD explica a teoria de Savigny:

A chamada teoria subjetiva de Savigny [...] só reconhece a existência da posse quando há *animus domini* ou *animus rem sibi habendi* (ânimo de ter a coisa como sua) por parte do possuidor. Posse é então a exteriorização da propriedade quando aquele que exerce o poder material tem o *animus* de proprietário, considerando-se como titular do direito de propriedade.<sup>255</sup>

SAVIGNY ainda dava mais um passo e afirmava que todos os preceitos relativos à ocupação e à tradição (modos de adquirir a propriedade) podiam ser aproveitados como fontes da doutrina da posse, porque a aquisição da posse e a aquisição da propriedade são inseparáveis sob a perspectiva da natureza do ato aquisitivo (sob a perspectiva da ocupação ou da tradição).<sup>256</sup>

Retoma-se aqui a alegada contradição entre o ideário liberal manifestado pela literatura e pela Constituição do Império e as suas estruturas jurídicas. Segundo a literatura mais recente, essa contradição se afirmaria pela comparação entre o discurso da propriedade moderna e o regime de “simples posses” (ou, antes disso, o regime das concessões de sesmarias). As “simples posses” não equivaleriam à propriedade moderna liberal.

Postula-se que essa contradição deve ser arrefecida quando o assunto é o direito de propriedade. Parece que o problema fundamental reside na distinção entre posse e propriedade fundada na mentalidade proprietária moderna (combatida pelos mesmos autores que propugnam a aludida contradição).

Dito de outro modo, entende-se que esses autores (e se trata da quase generalidade dos autores) partem do estereótipo da propriedade como algo mais que a simples posse (como propriedade plena, *a priori* indivisível, domínio do proprietário) para julgar que o regime

---

<sup>254</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Tratado de la posesion, segun los principios de derecho romano**. S/ tradutor. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipografica, 1845, p. 24, tradução livre. A expressão utilizada em espanhol é “propiedad”, para aquisição e perda.

<sup>255</sup> WALD, Arnoldo. **Direito das coisas**, 4. ed. rev. ampl. e atual., com a colaboração de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 29.

<sup>256</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. Op. Cit., p. 11.

brasileiro de posses conferia aos posseiros algo menos que a propriedade ou a titularidade sobre o bem, porque não haveria título que respaldasse essa propriedade.

A ideia desses autores é a de que o modelo da propriedade moderna, de índole liberal, seria alcançado no Brasil somente em 1850, com a já referida Lei de Terras (cf. tópico 4.3.1.1), que asseguraria o acesso à propriedade fundiária a todos que pudessem comprá-la e garantiria o seu domínio pleno ao proprietário. É o que preleciona, por exemplo, STAUT JÚNIOR:

Na maneira tradicional, a terra era compreendida primordialmente como domínio da coroa. A aquisição dessa propriedade se dava geralmente por doações em virtude de serviços realizados à coroa (recompensa). Havia uma relação pessoal entre o rei e o pretendente à obtenção do bem. A terra era concebida como uma doação em si mesma e significava prestígio social. O trabalho nas propriedades era realizado basicamente por escravos.

Já no modo moderno (proposto) de afrontar a questão, a terra passa a ser acessível a todos os que podem comprá-la e, por isso, começa a ser entendida como uma mercadoria e não mais como uma concessão. No novo modelo, a relação estabelecida entre o Estado e o pretendente à aquisição da terra é impessoal, não decorrendo mais de privilégios ou do *arbitrium* real. O prestígio social, agora, decorre muito mais do poder econômico do proprietário.<sup>257</sup>

Esse pensamento não é integralmente subscrito nesta tese porque se reputa meramente acidental a circunstância de a terra passar a ser, em tese, acessível a quem a pudesse comprar, quando se considera o contexto imperial brasileiro.<sup>258</sup> Postula-se que a garantia da propriedade moderna foi efetivamente aplicada às situações jurídicas de pertencimento então

---

<sup>257</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro na segunda metade do Século XIX ao Código Civil de 1916**. 2009. 220p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 96, referindo-se ao pensamento de Emília Viotti.

<sup>258</sup> A propósito, a literatura narra a influência, sobre a Lei de Terras, do sistema de colonização de Edward G. Wakefield, aplicado na Austrália, cuja proposta era a de importar colonos, obrigá-los ao trabalho por certo período, providenciar que as terras tivessem valor elevado, para que não se tornassem proprietários tão cedo, e aplicar o produto das alienações de terras em um fundo para importação de mais trabalhadores. CIRNE LIMA, Ruy. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4. ed. fac-símile. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p. 83-84. José Murilo de CARVALHO explica que “Durante a discussão na Câmara ficou claro que a inspiração do projeto vinha das idéias de E. G. Wakefield, sobretudo das que expôs em seu folheto *A Letter from Sydney*, publicado em 1829. Marx analisou um pouco mais tarde em *O Capital* as idéias de Wakefield, conforme expostas em trabalho posterior à *Letter*. Tratava-se do problema de como colonizar a Austrália, onde a terra era barata e abundante e a mão-de-obra escassa e cara. Todo imigrante tornava-se rapidamente proprietário e produtor, impedindo a acumulação de capital. Partindo dessas premissas, a colonização sistemática de Wakefield propunha que o governo encarecesse artificialmente as terras a fim de que o imigrante tivesse que trabalhar por algum tempo antes de poder comprar o seu lote. Os recursos obtidos com a venda de terras seriam usados para importar mais colonos, o que por sua vez contribuiria para baratear o trabalho e encarecer mais as terras. Era um *self-supporting system*, um sistema que se auto-alimentava.” (CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 332-333).

vigentes no Brasil, ainda que se tratasse de situações referíveis ao período europeu medieval (posses e concessões).

Com efeito, as sesmarias brasileiras já haviam se afastado de sua formulação original e não mais serviam (não eram condicionadas) ao cultivo ou ao abastecimento (cf. supra), mas ao chamado “espírito latifundiário”, isto é, ao domínio privado (à vontade individual) que caracteriza a propriedade moderna.

Ademais, as terras eram abundantes e, mesmo com a previsão da Lei de Terras da titulação das terras cultivadas,<sup>259</sup> o “domínio particular” era reconhecido aos ocupantes com “qualquer título legítimo” (art. 3º, § 2º, da Lei de Terras<sup>260</sup>), entre os quais podiam ser incluídos papéis diversos tais como “autos de partilha que discriminassem herdeiros e legados, escrituras de compra de posses, situações ou datas, cartas de sesmaria amareladas, escrituras de cessão de direitos de herança”.<sup>261</sup> Ou seja, já se admitia uma espécie de comércio e transferência de posses no país.

Por outro lado, do ponto de vista jurídico, cabe considerar uma proposta de interpretação que responde bem à perplexidade causada pela aludida contradição entre ideias e estruturas. A explicação é de Ruy CIRNE LIMA (inspirado por Lafayette Rodrigues Pereira), que identificava a situação de ocupação, posse e cultivo de terras devolutas como constituinte em si mesma do título legitimador da propriedade. E isso se passava não porque houvesse

---

<sup>259</sup> Examinando especificamente a freguesia de Campo Grande, no Rio de Janeiro, narra PEDROZA: “Até o final do século dezenove, a gestão dos patrimônios fundiários na freguesia de Campo Grande esteve condicionada a noções comuns, locais e particulares, percebidas por aquela comunidade como legítimas e merecedoras da respeito, conjunto de normas a que chamaremos de ‘economia moral’ (Thompson 1998). Estas normas diferiam, nos princípios e na prática, dos imperativos legais e dos princípios da propriedade privada sancionados na Lei de Terras então vigentes.

Uma delas foi a prática dos senhores de conceder sítios no interior dos seus domínios para usufruto de parentes e compadres. Relembremos que tratamos de senhores empobrecidos e endividados, proprietários de terras cansadas e incapazes de melhor explorá-las, por falta de mão-de-obra. Mesmo assim, monopolizando um recurso importante, a terra, a concessão de sítios dava a estes pobres senhores os meios de ‘teatralisar’ sua generosidade e manifestar sua onipotência frente à sua extensa família.” PEDROZA, Manoela. *Desapropriações que criam proprietários: o caso das vendas, expropriações e indenizações de terras particulares no Rio de Janeiro (Brasil, 1870-1910)*. In: VAZELESK, Vanderlei e GARCIA, Graciela (org.). **Vozes da Terra**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2014. Disponível em: [https://www.academia.edu/31431765/Desapropria%C3%A7%C3%B5es\\_que\\_criam\\_propriet%C3%A1rios\\_o\\_caso\\_das\\_vendas\\_expropria%C3%A7%C3%B5es\\_e\\_indeniza%C3%A7%C3%B5es\\_de\\_terras\\_particulares\\_em\\_Campo\\_Grande\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_Brasil\\_1870\\_1910\\_In\\_Vazelesk\\_Vanderlei\\_e\\_Garci\\_a\\_Graciela\\_orgs\\_Vozes\\_da\\_Terra\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_Multifoco\\_2014\\_pp\\_193\\_208](https://www.academia.edu/31431765/Desapropria%C3%A7%C3%B5es_que_criam_propriet%C3%A1rios_o_caso_das_vendas_expropria%C3%A7%C3%B5es_e_indeniza%C3%A7%C3%B5es_de_terras_particulares_em_Campo_Grande_Rio_de_Janeiro_Brasil_1870_1910_In_Vazelesk_Vanderlei_e_Garci_a_Graciela_orgs_Vozes_da_Terra_Rio_de_Janeiro_Multifoco_2014_pp_193_208). Acesso em: 17 mar. 2022, p. 5.

<sup>260</sup> “Art. 3º São terras devolutas: [...] § 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comissão por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.” BRASIL. **Lei 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm). Acesso em: 21 maio 2019.

<sup>261</sup> PEDROZA, Manoela. Op. Cit., p. 11.

previsão no direito legislado (ao contrário, a prática violava a “Lei da Boa Razão”<sup>262</sup>), mas porque era o costume adotado.<sup>263</sup>

Indagava e respondia CIRNE LIMA:

Que situação jurídica, porém, é a desse possuidor ou posseiro, para ser mantido nas suas terras, contra o legítimo concessionário, senão a de dono? Essa situação, que não deriva da lei escrita, para ser, assim, respeitada pelo legislador da época, não podia deixar de fundar-se no costume, suposto que fonte diversa de direito pátrio se não conhece.

É pois, incontestável, que, a despeito de falecer-lhe o requisito, aliás dispensável, segundo os juristas do tempo, de não ser contrário às leis do reino, a aquisição de terras devolutas pela ‘posse com cultura efetiva’ se tornou verdadeiro costume jurídico, com foros de cidade no nosso direito positivo.<sup>264</sup>

Portanto, o costume da aquisição da propriedade por ocupação era contrário à norma segundo a qual o domínio das terras era da Coroa e somente caberia conferir-lhes utilidade individual mediante concessão. Mas a prática suplantou as expectativas jurídicas. Segundo VARELA, “verdadeiro costume *contra legem* num universo jurídico que ainda desconhecia a regulamentação do direito de propriedade em termos napoleônicos-pandectistas, tampouco a noção de lei estadual como fonte jurídica soberana.”<sup>265</sup> Não obstante, costume esse que já evidenciava o valor da propriedade moderna, o que se confirma, derradeiramente, pela garantia da desapropriação.

Aos “ocupantes” ou “possuidores” era assegurada a garantia da desapropriação na sua acepção moderna, com fundamento na lei (e não no arbítrio do soberano) e pagamento de indenização, desde muito antes da Lei de Terras.<sup>266</sup> Lembre-se o já referido Decreto de 21 de

---

<sup>262</sup> Lei portuguesa de 18 de agosto de 1769, segundo a qual, para se verificar a validade de uma norma de costume, seria necessário atender a três requisitos: “De ser conforme às mesmas boas razões, que deixo determinado, que constituem o espírito das Minhas Leis: De não ser a elas contrário em coisa alguma: E de ser tão antigo, que exceda o tempo de cem anos.” Cf. NOVA School of Law. **Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769**. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7599.pdf>. Acesso em: 14 abril 2022.

<sup>263</sup> Sergio Said STAUT JÚNIOR parece concordar quando afirma que “havia uma espécie de lacuna, ao menos em termos formais, na regulamentação jurídica das formas de aquisição da terra no Brasil”. Cf. STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Dimensão jurídica e formas de apropriação no Brasil*. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p.29-64, 2012, p. 72.

<sup>264</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4. ed. fac-símile. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p. 57.

<sup>265</sup> Cf. VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 113-114.

<sup>266</sup> “Em nosso contexto o processo de expropriação movido pelo governo e baseado em títulos formais criou uma propriedade privada que, na prática, não tinha sido exercida como tal. Por isso, consideramos que, antes de violar a propriedade particular, a desapropriação a criou.” PEDROZA, Manoela. *Desapropriações que criam proprietários: o caso das vendas, expropriações e indenizações de terras particulares no Rio de Janeiro (Brasil, 1870-1910)*. In: VAZELESK, Vanderlei e GARCIA, Graciela (org.). **Vozes da Terra**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2014. Disponível em: Disponível em: [https://www.academia.edu/31431765/Desapropria%C3%A7%C3%B5es\\_que\\_criam\\_propriet%C3%A1rios\\_o\\_caso\\_das\\_vendas\\_expropria%C3%A7%C3%B5es\\_e\\_indeniza%C3%A7%C3%B5es\\_de\\_terras\\_particulares\\_em\\_Campo\\_Grande\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_Brasil\\_1870\\_1910\\_In\\_Vazelesk\\_Vande](https://www.academia.edu/31431765/Desapropria%C3%A7%C3%B5es_que_criam_propriet%C3%A1rios_o_caso_das_vendas_expropria%C3%A7%C3%B5es_e_indeniza%C3%A7%C3%B5es_de_terras_particulares_em_Campo_Grande_Rio_de_Janeiro_Brasil_1870_1910_In_Vazelesk_Vande)

maio de 1821; a previsão do art. 179, inc. XXII, da Constituição do Império; e considere-se a legislação sobre desapropriação, que data de 1826 (esta tese tratará da legislação em apêndice).

No mais, a procedência da postulação se confirma pelas referências da literatura jurídica do Império, que tratam da posse como se fosse propriedade (na mentalidade proprietária moderna); e pelo costume de reconhecer na posse (com cultivo, *mas não tanto*, como visto acima) o título legítimo da propriedade.

Em suma, o que se pretende afirmar é que o costume e a legislação que previra a garantia da desapropriação moderna são as fontes de normatividade da propriedade moderna no Império brasileiro, as quais prescindem de outra fonte para assegurar, por exemplo, a acessibilidade da terra a quem a pudesse comprar.

Agregue-se então este dado ao raciocínio: embora pudesse existir uma lacuna formal na disciplina dos modos de aquisição da propriedade, que conduzia à prática da ocupação e ao seu reconhecimento como justo título, em especial quando acompanhado de posse e cultivo, não havia lacuna quanto às formas de extinção da propriedade. E as ditas “posses” eram expropriadas, mediante indenização.

A literatura que aponta a contradição parece olvidar o exame da matéria a partir do ponto de vista da normatividade do costume e das garantias legais de desapropriação. E essas garantias evidenciavam um importante nível de proteção da “posse” como direito de propriedade na sua acepção moderna.

Ainda sobre a desapropriação, veja-se que, no Brasil, a eficácia do princípio do cultivo foi em alguma medida preservada, porque a Lei de Terras instituiu a formalidade da legitimação, que deveria ser solicitada pelos posseiros de terras com cultura efetiva, para que lhes fosse reconhecida a propriedade, embora em menor extensão.<sup>267</sup> CIRNE LIMA observava que se evitou, desse modo, decretar uma “expropriação em massa, cujos efeitos seriam imprevisíveis, atenta a repercussão que teria sobre a nossa economia e a nossa própria organização social”.<sup>268</sup>

---

[rlei\\_e\\_Garcia\\_Graciela\\_orgs\\_Vozes\\_da\\_Terra\\_Rio\\_de\\_JAneiro\\_Multifoco\\_2014\\_pp\\_193\\_208](#). Acesso em: 17 mar. 2022, p. 12-13.

<sup>267</sup> “Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes: [...] § 1º § Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, compreenderá, além do terreno aproveitado ou do necessário para pastagem dos animais que tiver o posseiro, outro tanto mais de terreno devoluto que houver contíguo, contanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual às últimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha.” BRASIL. **Lei 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm). Acesso em: 21 maio 2019.

<sup>268</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4. ed. fac-símile. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p. 58.

#### 4.3.4 O trabalho escravo

A garantia da propriedade moderna (notadamente pelo viés da desapropriação) incidia ainda sobre o que era considerado a verdadeira riqueza patrimonial da época: o trabalho escravo.<sup>269</sup> Esse tema propiciou discussões a respeito da desapropriação na literatura jurídica do Império; afinal, era sob o rótulo da propriedade que a literatura enfrentava a questão.<sup>270</sup>

No contexto imperial, já havia quem afirmasse que a escravidão era incompatível com a legislação brasileira. PERDIGÃO MALHEIRO notava que a Constituição de 1824 não continha previsão sobre o trabalho escravo e que, implicitamente, no art. 179 (que tratava da inviolabilidade dos direitos civis e políticos, dentre eles o direito natural à liberdade), o repelia. O autor ainda aludia ao art. 179 do Código Criminal de 1830, que previa o delito de reduzir pessoa livre à escravidão.<sup>271</sup>

Não obstante a argumentação de PERDIGÃO MALHEIRO, a Constituição de 1824 pressupunha a existência do trabalho escravo quando, no art. 6º, § 1º, classificava os cidadãos brasileiros em ingênuos (nascidos livres) e libertos (libertados):<sup>272</sup>

Art. 6º. São Cidadãos Brasileiros:

I. Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.<sup>273</sup>

Mas não havia disciplina jurídica específica para o trabalho escravo. Havia disciplina reduzida e esparsa, por leis, ordens, avisos, decretos, resoluções, sobre a sua compra e venda (que implicava a incidência de tributo); sobre o seu registro por escritura pública; sobre

---

<sup>269</sup> “A terra pouco valia, disponível, nos primeiros quarenta anos do século XIX, pelas doações e pelas posses, legitimadas estas em 1850. A súbita ocupação das terras devolutas, à margem da estrada para Minas Gerais e no interior da província fluminense, assegurou a base física do plantio, com um dispêndio mínimo, não excedente de 30% em 1850 e inferior a 20% daí para o futuro, reservada para o escravo um parcela de até 73% do valor das fazendas, valor oscilante quando a mão de obra servil se valorizar subitamente a partir de 1850, com a extinção do tráfico.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 374-375.

<sup>270</sup> Por curiosidade, veja-se que a publicação da Lei de Terras em 1850, que teve como propósito incentivar a chegada de colonos, foi acompanhada no mesmo ano da publicação da Lei Eusébio de Queiroz, que aboliu o tráfico de africanos para o trabalho escravo. Cf. BRASIL. Lei 581, de 4 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a extinção do tráfico de africanos neste Império. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim581.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm). Acesso em: 12 jul. 2021.

<sup>271</sup> PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. **A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social**. 3 partes. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1867, Parte 3ª, “Africanos”, p. 40.

<sup>272</sup> É a arguta observação de CAMPELLO, André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. Jundiá: Paco, 2018, p. 54-55.

<sup>273</sup> BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 26.03.2020.

castigos imoderados; sobre quilombos; sobre o modo de deporem em juízo contra seus “senhores”; sobre a sua venda em hasta pública e o seu inventário;<sup>274</sup> e sobre delitos, no Código Criminal do Império.

As Ordenações Filipinas não contemplavam o tema.<sup>275</sup> O Título XVII do Livro 4º tratava da rejeição de escravos comprados doentes, mas para um cenário português que já não mais subsistia. Em vista dessa lacuna, LOPES relata a necessidade de se recorrer ao Direito Romano para buscar embasamento jurídico para o trabalho escravo, o que identifica a partir das respostas do Conselho de Estado às consultas que lhe eram dirigidas:

Quando a Constituição ou as leis nacionais não resolvem direta e expressamente problemas de acumulação de cargos, de incompatibilidades suspensões, uma das fontes que se invocam para o caso são as ordenações. O mesmo se nota em outros temas, dos quais em geral a fonte jurídica invocada é alguma ordenação contida na compilação filipina. A escravidão, no entanto, já não era reconhecida em nenhum ordenamento europeu moderno, ou seja, não era tratada com o detalhe que se encontrava no direito Romano. Assim, dado o silêncio do direito pré-independência, era o direito Romano quem supria com elementos jurídicos o embasamento dos votos dos conselheiros.<sup>276</sup>

Assim, e com recurso ao Direito Romano, a pessoa escravizada era considerada coisa apropriada, sob o domínio do proprietário. ARONNE explica que, em Roma, para que a pessoa escravizada pudesse ser considerada um objeto de domínio, precisava ser considerada coisa (*res*), e não pessoa, porque direitos reais eram (são) direitos *nas coisas* (*ius in re*) e somente nelas exercitáveis, podendo ser considerados “absolutos, porque uma coisa não resiste à pretensão do sujeito”.<sup>277</sup>

Não era fácil, contudo, para a literatura jurídica, tratar do trabalho escravo sob o rótulo da propriedade. Era necessário explicar racionalmente as circunstâncias em que caberia ao proprietário exercer esse direito de propriedade. Por isso, encontram-se na literatura do

---

<sup>274</sup> A disciplina esparsa pode ser encontrada nos comentários (“notas filológicas, históricas e exegéticas”) de Cândido MENDES DE ALMEIDA às Ordenações Filipinas. Cf. MENDES DE ALMEIDA, Cândido. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, recompiladas por mandado D’El-Rey D. Philippe I.** 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, *passim*. Cf. também o Capítulo IV de CONSELHEIRO RIBAS. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares.** Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866.

<sup>275</sup> Lembre-se que a vigência das Ordenações Filipinas e de outros diplomas em vigor no Brasil colonial foi preservada pela Lei de 20 de Outubro de 1823, até que se organizasse um novo código ou que fosse especialmente alterados.

<sup>276</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178-179.

<sup>277</sup> ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional.** 2. ed., rev. e ampl., atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 86.

Império algumas explicações que figuram como espécies de malabarismos, invocados para contornar a incongruência existente entre liberdade e escravidão.

Têm-se como exemplo as justificativas engenhosas de Conselheiro RIBAS, que ao se questionar sobre a perda da posse pelo proprietário do escravo fugido, explicava que o proprietário não perdia a respectiva posse, porque o escravo, consciente da sua condição, sabia que “possui a si mesmo em nome do senhor”.<sup>278</sup>

RIBAS também admitia que a pessoa escravizada fosse vendida pelo seu proprietário, mas não admitia que a pessoa mesma dispusesse da sua liberdade e se vendesse a si mesma. Segundo pontuava, “a venda que alguém fizesse de si mesmo, seria em qualquer hipótese inteiramente nula, porque a liberdade é direito absoluto e inalienável; e constituiria o crime de estelionato, sendo feita para enganar o comprador e obter o preço da própria venda”.<sup>279</sup>

Não significa dizer que RIBAS fosse partidário da escravidão. Ao contrário, ele afirmava que o cristianismo e a doutrina do evangelho haviam implantado nas consciências humanas a necessidade de aboli-la, pregando os dogmas da liberdade e da igualdade humana, “bem como todas as mais preciosas conquistas da civilização moderna” para regenerar o mundo.<sup>280</sup>

Aliás, a consulta às obras de outros juristas do Império confirma o firme posicionamento contra a escravidão. TEIXEIRA DE FREITAS, por exemplo, na introdução à sua *Consolidação das Leis Civis*, fazia questão de advertir que “não há um só lugar de nosso texto onde se trate de escravos”, para não macular as leis civis “com disposições vergonhosas”. Por isso, a legislação concernente à escravidão (que era parca) seria classificada à parte, formando um “Código Negro”.<sup>281</sup>

PERDIGÃO MALHEIRO narrava que, no trânsito das ideias do Brasil, já não mais se colocava em dúvida e nem se discutia a conveniência e a necessidade de abolição da escravidão; haveria uma “quase unanimidade neste ponto”. E indicava que as divergências versavam unicamente quanto à oportunidade e ao modo de extingui-la.

O problema consistia em mudar completamente a fonte de produção no Brasil. A literatura alertava para o fato de que qualquer providência mal pensada poderia causar

---

<sup>278</sup> CONSELHEIRO RIBAS. *Da posse e das ações possessórias – segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico*. Nova edição. São Paulo: Miguel Melillo & Cia, Grande Livraria Paulista, 1901, p. 160.

<sup>279</sup> CONSELHEIRO RIBAS. *Direito administrativo brasileiro: noções preliminares*. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866, p. 368.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 353-357.

<sup>281</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*, vol. 1. Edição fac-símile (1876). Brasília: Senado Federal, 2003, p. XXXVII.



incalculável desordem econômica além do estremecimento nas famílias e na ordem pública.<sup>282</sup> Nas palavras de PERDIGÃO MALHEIRO, “essa reforma importa uma crise, que cumpre saber e poder preparar, dominar, e dirigir; [...] *Fazer o bem, evitando o mal*; eis a grande dificuldade na solução desse problema.”<sup>283</sup>

Não obstante, confirmava-se que o “grande princípio humanitário” impunha a rejeição da escravidão, e que a sua extinção era medida “da mais elevada utilidade pública e particular.”<sup>284</sup>

Reside aí o vínculo entre a questão do trabalho escravo e a desapropriação.

Antes da abolição, o trabalho escravo já vinha sendo “desapropriado”, em casos específicos, notadamente quando as pessoas escravizadas serviam às forças armadas. RIBAS narrava que foi o que se sucedeu às pessoas escravizadas que serviram na rebelião da província de São Pedro do Rio Grande do Sul.<sup>285</sup>

Com efeito, encontram-se na legislação rubricas orçamentárias destinadas especificamente ao pagamento de indenizações pela libertação de pessoas escravizadas. A Lei 514/1848, por exemplo, no art. 6º, parágrafo 26º, previa autorização para despesas “diversas, e eventuais; sendo 30.000\$ para pagamento aos proprietários dos escravos vindos da Província do Rio Grande do Sul, e libertados pelo Governo”.<sup>286</sup> O fundamento teórico-jurídico desses pagamentos residia na garantia da propriedade, prevista no art. 179, § 22, da Constituição do Império, por meio da desapropriação.<sup>287</sup> E o trabalho escravo era tratado como direito adquirido, assim como se passava com as concessões (cf. supra).

O direito à “propriedade-escravo” decorria da lei, que deveria ser respeitada. Esse era o raciocínio. O direito natural (o “direito absoluto”) não conhecia a “propriedade-escravo” e, por isso, negaria a indenização ao proprietário; no entanto, a sua previsão constou da lei positiva, que a reconheceu e manteve em todas as suas consequências, e assim assegurara um direito adquirido ao proprietário, que deveria ser respeitado por razões de justiça e equidade.<sup>288</sup>

---

<sup>282</sup> PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. **A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social**. 3 partes. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1867, Parte 3ª, “Africanos”, p. 211-212.

<sup>283</sup> Ibid., p. 212.

<sup>284</sup> Ibid., p. 204-205.

<sup>285</sup> CONSELHEIRO RIBAS. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866, p. 373.

<sup>286</sup> BRASIL. Lei 514, de 28 de outubro de 1848. Fixando a despesa e orçando a receita para o exercício de 1849-1850. *In: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1848*, tomo X, parte I. Rio de Janeiro: NA Typographia Nacional, 1849, p. 31.

<sup>287</sup> PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. Op. Cit., p. 232; CAMPELLO, André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. Jundiaí: Paco, 2018, p. 148-149.

<sup>288</sup> PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. Op. Cit., p. 232.

Esse direito correspondia ao trabalho da pessoa escravizada durante toda a sua vida. “Reduzir o prazo é, pois, reduzir esse direito, é desapropriar; é além disto, alterar os direitos adquiridos de terceiros por virtude de hipotecas, penhores, ou outros títulos.”<sup>289</sup>

Discutia-se então como chegar a um valor justo para a indenização do proprietário. Segundo a Constituição do Império, a indenização deveria ser equivalente ao valor da propriedade. Logo, em tese, o valor da indenização do trabalho escravo deveria ser considerado à luz das habilidades e qualidades da pessoa escravizada; quanto maior o seu valor, maior deveria ser o valor da indenização pela desapropriação (o que se passaria com todo tipo de propriedade, cujo preço é medido por critérios de utilidade e troca).

Mas a literatura repeliu esse entendimento. PERDIGÃO MALHEIRO aludia à inadequação de estabelecer o valor da indenização a partir do valor do trabalho escravo. Dizia o autor:

Dissemos que o preço do escravo deveria ser neste caso arbitrado por louvados: e além de ser isto conforme com o estabelecido nas leis para os casos de desapropriação por utilidade pública; acresce que, valendo o escravo mais, quanto for mais diligente, mais trabalhador e de melhor moral, não é justo que toda essa melhoria, todo esse acréscimo de merecimento reverta contra o próprio escravo que mereceu, e em utilidade unicamente do senhor dele; seria por certo contraditório e sobre desumano que o escravo dificultasse tanto mais a sua liberdade, quanto melhor fosse o seu comportamento e melhores serviços tivesse prestado. Deverá portanto a lei prover para que, tratando-se da liberdade do escravo, não tire o senhor todo o proveito dessa melhoria e respectiva perfeição, adquiridas à custa dos sacrifícios e trabalhos do mesmo escravo, e das faculdades com que o dotara a natureza.<sup>290</sup>

A perplexidade em vista de situações que envolviam o valor do trabalho escravo e a sua utilidade para o proprietário, à luz da garantia da propriedade, também é narrada por LOPES. Chegou ao Conselho de Estado uma consulta sobre pedido de graça ao Imperador, para que a pena de Leonardo, pessoa escravizada e condenada por homicídio a 12 anos de prisão com trabalhos, fosse comutada.

O problema residiu em que não se sabia, por ocasião da condenação já então transitada em julgado, que Leonardo era pessoa escravizada. A questão foi posta pelo seu proprietário, Cláudio do Couto e Souza, a quem não interessava perder 12 anos do trabalho escravo. Daí o pedido de comutação da pena em açoites.

Eis a narrativa de LOPES:

---

<sup>289</sup> PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. **A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social.** 3 partes. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1867, Parte 3ª, “Africanos”, p. 232.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 111.

Uruguai vê-se numa situação embaraçosa: o que havia transitado em julgado era uma pena de prisão, mais branda – para os sentimentos da época – que a pena de açoites que o senhor pedia. A pena havia sido imposta porque Leonardo era tido como livre, e só depois de transitado em julgado a sentença é que se veio a saber que era de fato escravo de Cláudio. Claro que a este interessava que o escravo fosse devolvido depois de açoitado, como mandava o Código Criminal (art. 60), e não que Leonardo ficasse doze anos em prisão, sem servi-lo. O embaraço de Uruguai dá-se justamente porque “a cotação em açoites é o mais possível repugnante à natureza do Poder Moderador”, porque “o Poder Moderador não agrava as penas”. De outro lado, a cumprir-se a sentença, e segundo o consultor jurídico (José de Alencar), haveria um verdadeiro ataque ao direito de propriedade do senhor, violando-se permanentemente o artigo 179, § 22, da Constituição do Império (garantia do direito de propriedade).<sup>291</sup>

Felizmente, como se sabe, o regime de escravidão foi declarado por lei extinto no Brasil, em 1888, depois de uma sucessão de leis que previram etapas para um processo de libertação.<sup>292</sup> O sucesso desse processo, embora discutível e dificultado por proprietários de pessoas escravizadas e por “não abolicionistas”, resultou no fim do reconhecimento jurídico da utilidade social da “propriedade-escravo” no Brasil.

---

<sup>291</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254-255.

<sup>292</sup> BRASIL. **Lei 3.353, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea)**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm). Acesso em: 15 maio 2021.

## 5 PRIMEIRA REPÚBLICA

Não compete examinar aqui os movimentos que resultaram na queda do Império, em 1889, e na chegada da República no Brasil. O fundamental é estabelecer que, em termos de propriedade e desapropriação, houve certa continuidade do pensamento até então construído, com preservação do ideário liberal e a defesa do quase absolutismo dos direitos naturais individuais. É o que se extrai da literatura jurídica e da sua relação de influência recíproca com a legislação.

Por outro lado, já é possível identificar, entre os autores da Primeira República, um movimento inicial de mudança. É o que também será visto a seguir.

### 5.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1891

A matéria de propriedade e desapropriação não sofreu inovações com a Constituição promulgada em 1891.<sup>293</sup> As inovações mais relevantes da Constituição disseram respeito às formas de Estado e de Governo (de Estado unitário para Estado federado, e de monarquia para república), e a questões institucionais e políticas, preservando-se a quase literalidade do art. 179, § 22, da Constituição do Império, no seu correspondente art. 72, § 17, da nova Constituição, mas resolvendo uma questão que ficara pendente: a propriedade das minas (cf. supra).

A redação original era a seguinte:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

Em 1926, a Constituição foi emendada (Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926), com alteração do art. 72, §17, cuja redação passou a ser a seguinte:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

---

<sup>293</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

a) A minas pertencem ao proprietário do solo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas.

b) As minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros.

A alteração consistiu em um aprimoramento da redação e da organização do dispositivo, e em acréscimo de conteúdo da alínea “b”, que proibiu a transferência das terras e das suas minas e jazidas, quando necessárias à segurança e à defesa nacionais, a estrangeiros.

Afora essas previsões, o art. 72, no § 27, nas redações original e reformada, tratava ainda de assegurar a propriedade das “marcas de fábrica”; e o art. 9º, § 4º, previa a desapropriação pela União, por interesse geral, de linhas telegráficas estabelecidas pelos Estados.<sup>294</sup>

Vê-se que a Constituição de 1891 preservou a fórmula da plenitude da propriedade, o que demonstra a equivalente manutenção do ideário liberal moderno e do seu correspondente modelo de propriedade.

Com efeito, os comentaristas à Constituição de 1891, das obras a que foi possível ter acesso,<sup>295</sup> aludiam ao direito de propriedade como “inerente ao homem”,<sup>296</sup> “geralmente considerado como indestrutível”.<sup>297</sup> Já se notava, contudo, uma distinção em vista do fundamento extrajurídico da desapropriação: enquanto CAVALCANTI invocava o domínio eminente do Estado, “atributo de sua função soberana”,<sup>298</sup> MILTON aludia à subordinação do homem ao bem comum.<sup>299</sup>

---

<sup>294</sup> “Art. 9º - É da competência exclusiva dos Estados decretar impostos: [...] § 4º - Fica salvo aos Estados o direito de estabelecerem linhas telegráficas entre os diversos pontos de seus territórios, entre estes e os de outros Estados, que se não acharem servidos por linhas federais, podendo a União desapropriá-las quando for de interesse geral.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

<sup>295</sup> Reitere-se que o acesso foi dificultado pelo fechamento das bibliotecas em decorrência da pandemia da Covid-19. Assim, não houve consulta a obras relevantes (do ponto de vista das reiteradas referências) de Direito Constitucional, tais como, de Paulo M. de LACERDA, **Princípios de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Azevedo, Ed. Erbas de Almeida, 1926; e de Carlos MAXIMILIANO, **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Edição fac-símile. Brasília: Senado Federal, 2005.

<sup>296</sup> CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira, 1891: comentada**. Ed. fac-similar (1902). Brasília: Senado Federal, 2002, p. 324. Veja-se que o autor se referia ao Decreto de 21 de maio de 1821, do período regencial, símbolo da adesão ao ideário liberal moderno, como fundamento para o direito de propriedade e a desapropriação, mesmo com a superveniência de vasta legislação a respeito, inclusive duas Constituições.

<sup>297</sup> MILTON, Aristides Augusto. **A Constituição do Brasil: notícia histórica, texto e commentario**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898, p. 404.

<sup>298</sup> CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. Op. Cit. p. 324.

<sup>299</sup> MILTON, Aristides Augusto. Op. Cit. p. 405.

Como será visto adiante, essa distinção será mais proeminente com o desenvolvimento do Direito Administrativo.

## 5.2 A LITERATURA JURÍDICA

Os autores da Primeira República deram início à sistematização do tema da desapropriação no âmbito do Direito Administrativo brasileiro. As referências à desapropriação deixam de ser esparsas ou incidentais a outros temas, e surgem obras específicas. A legislação do Império permanece sendo relevante e referida pela literatura, eis que objeto de consolidação pelo Decreto 4.956, de 9 de setembro de 1903<sup>300</sup> e de remissão explícita pelo Decreto 1.021, de 26 de agosto de 1903,<sup>301</sup> embora com alterações sobre o processo de desapropriação e as noveis previsões da imissão provisória na posse e da retrocessão.<sup>302 303</sup>

Nota-se a preocupação com a identificação e a análise dos elementos da desapropriação. Os autores tratam do fundamento do poder jurídico de expropriar; das situações jurídicas dos sujeitos envolvidos na desapropriação (“sujeito ativo” e “sujeito passivo”); dos bens passíveis de serem atingidos por desapropriação; e da destinação do bem expropriado à finalidade prevista para a desapropriação.

---

<sup>300</sup> BRASIL. **Decreto 4.956, de 9 de setembro de 1903**. Aprova o regulamento de consolidação e modificação do processo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1900-1909/D4956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1900-1909/D4956.htm). Acesso em: 25 maio 2020.

<sup>301</sup> BRASIL. **Decreto 1.021, de 26 de agosto de 1903**. Manda aplicar a todas as obras da competência da União e do Distrito Federal o decreto n. 816, de 10 de julho de 1855, com algumas alterações. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1021-26-agosto-1903-584610-publicacao-original-107339-pl.html>. Acesso em: 26 maio 2020.

<sup>302</sup> Ibid., “Art. 2º, § 3º. Se houver urgência, pode o Governo respectivo, depositando o máximo estabelecido, requerer ao juiz a imediata imissão na posse do imóvel, até que seja regularmente verificada a importância da indenização. Feito o depósito, poderá, entretanto, o proprietário levantar desde logo a soma correspondente ao mínimo. § 4º. Se, por qualquer motivo, não forem levadas a efeito as obras para as quais foi decretada a desapropriação, é permitido ao proprietário reaver o seu imóvel, restituindo a importância recebida, indenizando as benfeitorias que porventura tenham sido feitas, e aumentando o valor do prédio.”

<sup>303</sup> No período também foram editados: BRASIL. **Decreto 602, de 24 de julho de 1890**. Estabelece o processo para as desapropriações por utilidade municipal na Capital Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-602-24-julho-1890-517585-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 maio 2020; e BRASIL. **Decreto 3.084, de 5 de novembro de 1898**. Aprova a consolidação das leis referentes à Justiça Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3084-5-novembro-1898-509270-norma-pe.html>. Acesso em: 19 maio 2020. Este segundo Decreto contempla consolidação anexa, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3084-5-novembro-1898-509270-consolidacao-pe.pdf>, acesso em: 19 maio 2020. Na Parte Quinta da consolidação, que disciplina os “Processos nas causas cíveis de ordem pública ou administrativa”, há o Título III, “Da jurisdição administrativa do juízo dos feitos”, de que consta uma extensa compilação de dispositivos normativos sobre desapropriação.

### 5.2.1 Os manuais de Direito Administrativo

Dentre os autores de Direito Administrativo da Primeira República, houve consulta às obras de Augusto Olímpio VIVEIROS DE CASTRO, de Aarão REIS<sup>304</sup> e de Mário MASAGÃO. Incluiu-se na Primeira República a obra seminal de MASAGÃO, “Conceito do direito administrativo”, publicada em 1926. A inclusão pode soar arbitrária, em vista da atuação relevante do jurista após 1930, tendo lançado seu Curso de Direito Administrativo em 1959.

Não obstante, adotou-se o critério cronológico, além do que, naquela obra de 1926, o desenvolvimento da matéria ainda era mais rudimentar, fundado em preocupações relacionadas à autonomia da disciplina, o que é coerente com as demais obras do período.

Por outro lado, em termos de preocupação teórica e expositiva com a matéria, é muito diferente a abordagem da propriedade e da desapropriação pelos administrativistas da Primeira República. Para se ter uma ideia, se nos autores anteriores quase não havia referência independente sobre o assunto, especialmente entre os administrativistas (cuja disciplina estava começando), em VIVEIROS DE CASTRO há quase quarenta páginas exclusivamente sobre desapropriação, mais 18 páginas de transcrição da legislação brasileira.

Diferentemente, contudo, se passa com o manual de Mário MASAGÃO, que rejeita o tratamento, pelo Direito Administrativo, do tema da desapropriação.

#### 5.2.1.1 O pensamento de AUGUSTO OLÍMPIO VIVEIROS DE CASTRO

São notáveis a sistematização, a profundidade e o pioneirismo com que VIVEIROS DE CASTRO trata do tema da desapropriação no seu “Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo”.<sup>305</sup> Percebe-se um esforço importante de justificação, de busca por origens históricas no Direito Romano e de consulta à literatura, às discussões legislativas e à jurisprudência estrangeiras, notadamente nos Direitos italiano, francês e norte-americano, mas

---

<sup>304</sup> Aarão Reis era professor da Escola Politécnica do Rio de Janeiro, com formação em engenharia, e teve seu manual de Direito Administrativo avalizado por Clóvis Beviláqua. REIS elaborou o manual para servir como material da 3ª cadeira do 3º ano de todos os cursos de engenharia. Cf. REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics Villas-Boas & C., 1923, p. 348. e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 232. A edição consultada de Aarão Reis traz carta de Clóvis Beviláqua, elogiando o manual e indicando que aproveitaria, na 2ª edição do seu 3º volume do Código Civil comentado, as lições nele contidas sobre desapropriação.

<sup>305</sup> VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1912, p. 268 et. seq.

também com referência, por exemplo, a Otto Mayer, da Alemanha, para desenvolvimento do tema.

O tema da desapropriação está incluído no Capítulo VII, pertinente à execução de obras públicas. O mote é afirmar que a execução de uma obra pública “pode tornar indispensável a apropriação dum imóvel particular que o dono não queira vender, sendo assim necessário recorrer-se à *desapropriação por utilidade pública*”.<sup>306</sup> Já nesse primeiro parágrafo se nota a posição de subsidiariedade em que o autor colocava a desapropriação, que figurava como último recurso caso o proprietário não quisesse vender seu bem. Ou seja, o autor conferia prioridade à venda livre que à solução da desapropriação.

Esse posicionamento refletia a concepção manifestada pelo autor quanto ao fundamento de legitimidade da desapropriação e da própria existência do Estado. VIVEIROS DE CASTRO criticava os “conhecimentos imperfeitos da teoria de Estado”, que levaram a “considerá-lo como Todo-Poderoso, quer se simbolizasse num soberano, quer fosse apenas a representação da vontade popular”. O fundamento lógico da desapropriação, nesse modelo de pensamento, seria o domínio eminente do Estado sobre todos os bens submetidos à sua soberania (como em CAVALCANTI, citado acima). Assim, o Estado poderia reivindicar sua propriedade sempre que o direito público o exigisse, “concedendo ao co-proprietário ou ao usufrutuário uma indenização correspondente ao valor do imóvel”; ou teria a faculdade de “reverter a propriedade à forma primitiva coletiva”.<sup>307</sup>

Opondo-se a esse modelo, VIVEIROS DE CASTRO pontificava:

O novo conceito do Estado, administrador do interesse coletivo, tem por corolário a consideração do cumprimento de um dever de sociabilidade, como fundamento do direito de desapropriação.

É a aplicação do princípio “*Quod omnibus communiter prodest, hoc privat e utilitati proferendum*”; o interesse coletivo deve sempre prevalecer sobre o direito individual, e o Estado tem o dever de impedir que o progresso e a civilização, que tendem ao interesse comum, base primordial das sociedades modernas, sejam retardados pelo egoísmo individual.<sup>308</sup>

Ele também considerava que a desapropriação é ato lícito e legítimo; que não haveria cabimento em afirmar “litígio entre a propriedade privada e o interesse público”, mas sim “exercício de um direito do Estado, próprio dos poderes públicos”. Nesse contexto, a indenização figurava como condição de legitimidade da desapropriação, “mas não é a compensação de um ato ilegítimo contra o direito de outrem” (lembre-se a questão da

---

<sup>306</sup> VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1912, p. 268.

<sup>307</sup> Ibid., p. 278-279.

<sup>308</sup> Ibid., p. 279.



diferenciação entre a indenização da desapropriação e por responsabilidade civil); “não é, realmente, uma diminuição e, ainda menos, uma supressão do direito de propriedade, mas uma modificação ou conversão desse direito” porque, “*ope legis*, o indivíduo cessa de ser proprietário do imóvel, mas torna-se proprietário da soma que representa o seu valor.”<sup>309</sup>

Ademais, e pioneiramente, VIVEIROS DE CASTRO aludia à “função social da propriedade”, tema que veio ganhar força na legislação e na literatura jurídica brasileiras somente duas décadas depois. A observação do autor era a seguinte:

O ato de desapropriação não significa outra coisa que a constatação da impossibilidade de fazer concordar, num caso determinado, a função social da propriedade com sua fórmula individual.<sup>310</sup>

Abra-se aqui um parênteses. Embora VIVEIROS DE CASTRO fizesse menção à “função social da propriedade”, tema cuja introdução nas discussões jurídicas ocidentais é creditada principalmente a Léon DUGUIT (cf. infra), não há citação de Duguit nesse ponto da obra. Especula-se que VIVEIROS DE CASTRO tenha tido acesso ao texto seminal de Léon Duguit publicado em 1901, “L'État, le droit objectif et la loi positive”, extraído da “Revue Générale du Droit”, que inaugura o combate à perspectiva individualista do Direito, com referências a um Direito “real” e “social”,<sup>311</sup> ou que tenha tido acesso a Duguit por meio do seu “Manuel de Droit Constitutionnel”, publicado originalmente em 1907.<sup>312</sup> Considere-se, contudo, que a discussão trazida por Duguit ganhou notoriedade no Brasil somente depois das suas publicações sobre as transformações do direito privado e do direito público, que ocorreram em 1911 e 1912; mesma ocasião da publicação do Tratado de Viveiros de Castro, na edição consultada. Fecha-se o parênteses.

O autor prosseguia tratando dos detalhes do instituto.

Sobre o sujeito ativo da desapropriação, questionava aqueles que atribuíam o direito de desapropriação aos poderes públicos e a companhias, concessionários e particulares exercentes de alguma parcela de poder público; sustentava, com referência à doutrina italiana, que “o elemento subjetivo não tem realmente a menor importância”, mas apenas a causa de utilidade pública, considerada na sua objetividade.<sup>313</sup>

---

<sup>309</sup> VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1912, p. 279-280.

<sup>310</sup> Ibid., p. 281.

<sup>311</sup> DUGUIT, Léon. **L'État, le droit objectif et la loi positive**. Paris: Fontemoing, 1901.

<sup>312</sup> Idem, **Manuel de droit constitucional**. 2. ed. Paris: Fontemoing & C., Éditeurs, 1911.

<sup>313</sup> VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. Op. Cit., p. 282.

Sobre o sujeito passivo, discutia se um Estado ou Municipalidade poderia propor desapropriação de bens da União; e respondia em termos, considerando a hipótese de o Estado desapropriar o domínio útil de bens concedidos pela União sob o título de enfiteuse, assumindo os encargos de enfiteuta, com permanência da União no seu domínio direto.

A resposta tinha por fundamento o direito positivo. Dizia que não há razão de direito público ou privado que pudesse obstar essa desapropriação, porque a Constituição não limitaria a faculdade dos Estados; porque o domínio útil é perpétuo e entraria na categoria de bens desapropriáveis; e porque o direito consagrava expressamente a faculdade de desapropriação dos bens enfitêuticos. Neste ponto, valia-se ainda do Direito norte-americano, para dizer que naquele país se adotava solução idêntica.<sup>314</sup>

VIVEIROS DE CASTRO ainda tratava dos bens que poderiam ser objeto de desapropriação. Afirmava que, em teoria, todos os bens (“toda *res*”) eram suscetíveis de desapropriação, mas que as legislações consideravam como desapropriáveis somente os direitos imobiliários. E tratava da indenização, que deveria ser “prévia, precisa, determinada, única, e, em regra geral, representada em dinheiro”.<sup>315</sup>

### 5.2.1.2 *O pensamento de AARÃO REIS*

Cabe referência ao curso de Direito Administrativo de Aarão REIS, que era engenheiro, e não jurista, mas desenvolveu um manual para lecionar na Escola Politécnica do Rio de Janeiro, em 1923,<sup>316</sup> anos depois do Tratado de VIVEIROS DE CASTRO. Nele, já existe um capítulo específico para tratar das “desapropriações” (Capítulo VI da Terceira Parte, “Funcionamento da Atividade Administrativa no Brasil”, da Segunda Seção, “O domínio público”, do Livro II, “Direito Administrativo Brasileiro – com aplicação especial à engenharia”).

REIS se valia das lições de VIVEIROS DE CASTRO sobre desapropriação e acrescentava-lhes outros posicionamentos, além de examinar a legislação.

Iniciava dizendo que o direito do Estado de se apropriar de bem territorial alheio, em caso de necessidade, fundamentava-se em força maior, isto é, situações de guerra, revoluções e calamidades.<sup>317</sup> Esse posicionamento não era acompanhado, por exemplo, por

---

<sup>314</sup> VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1912, p. 284-288.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 289-303.

<sup>316</sup> REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Officinas Graphics Villas-Boas & C., 1923.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 348.

VIVEIROS DE CASTRO. Reputa-se, aliás, que não se trata do entendimento mais correto; o fundamento jurídico da desapropriação não consiste na situação de força maior que conduz o Estado a identificar utilidade pública em um bem privado; este pode ser, apenas e eventualmente, um fundamento fático mediato. Com efeito, a força maior consiste em um fato cujos efeitos são imperiosos ou inevitáveis, e que juridicamente é valorado como uma excludente de responsabilidade (ou de nexos de causalidade entre uma conduta e um dano). Mas acima já se viu (e ora se repete mais uma vez) que desapropriação e responsabilidade não se confundem. Quer dizer, a desapropriação é ato lícito, e o seu fundamento jurídico consiste na autorização positiva para sua prática, uma vez identificada a utilidade pública de um bem.

Embora REIS aludisse inicialmente à desapropriação por força maior, em outra passagem do Capítulo VI deixava claro que o fundamento da desapropriação não poderia ser outro que não a utilidade pública reconhecida em lei, oportunidade em que também repudiava a noção de domínio eminente do Estado.

Essa passagem é muito interessante e mostra o alcance, no pensamento jurídico brasileiro, das lições realistas de Léon Duguit (cf. *supra* e *infra*). Dizia REIS:

A evolução do direito – que derrocou a concepção metafísica da *soberania* do **Estado** – derruiu, também, com ela, a velha teoria dum pretendido **domínio eminente** sobre a generalidade do **domínio privado**, àquele *soberano* atribuído, em que se fundamentava o **direito de expropriação**, que, de presente, tem por fundamento, ao contrário, o **dever**, que ao Estado compete – como **órgão principal** dos **interesses coletivos**, – de velar por estes, *impondo*, mesmo, *restrições* e *limitações*, não só às *liberdades* e aos *direitos individuais*, mas também à própria *propriedade privada*.<sup>318</sup>

Não obstante, REIS ainda reproduzia a ideia da plenitude do direito de propriedade e, pela citação suprarreferida, vê-se que chegava mesmo a conferir à propriedade privada uma espécie de dignidade especial em vista daquela merecida pelas liberdades e pelos demais direitos individuais, eis que em seu discurso se referia a ela com distinção, e com o reforço da expressão “à própria propriedade privada”.

Aliás, na parte do seu Curso em que apresenta uma introdução sobre temas de direito privado, REIS tratava da propriedade dizendo ser “natural que o ente humano – desde que nele despertou o *sentimento de sua própria personalidade* – tenha procurado estendê-lo a todos os *elementos da natureza* [...] de que ia apropriando-se.” E embora não olvidasse a

---

<sup>318</sup> REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics Villas-Boas & C., 1923, p. 352. Aliás, em outra passagem, relativa à responsabilidade do Estado e de seus funcionários, REIS se refere expressamente ao “ilustre Duguit” e ao seu “brilhante volume sobre as Transformações do Direito Público” (p. 229).

adaptação da propriedade “às novas condições da vida social”, passando de anual (pela colheita do fruto do trabalho) para vitalícia, hereditária, perpétua; de comum para familiar e individual; e de adquirida pela força para adquirida pela “tenacidade do trabalho”, compreendia-a como natural decorrência da divisão entre o que é *meu* e o que é *teu*.<sup>319</sup>

REIS ainda tencionava distinguir propriedade, patrimônio, domínio e direito de propriedade. Afirmava que o patrimônio era constituído pela posse, pelos direitos reais, pelos direitos intelectuais, pelas obrigações, pelas relações econômicas derivadas do direito de família e pelas ações provocadas por esses direitos. O domínio, por sua vez, consistiria na competência do possuidor (“o que tem, de fato, o exercício – pleno, ou não – de algum dos poderes inerentes ao domínio”) de dispor dos bens em que consiste seu patrimônio. E o direito de propriedade propriamente dito seria o direito do proprietário de usar, gozar e dispor dos seus bens, e de reavê-los. Ou seja, as definições do autor imiscuem direito de propriedade, posse (ou competências do possuidor) e domínio.<sup>320</sup>

Em acréscimo, diga-se que REIS entendia que a “moderna teoria da expropriação” (pressupondo uma teoria anterior e superada) se assentava em quatro princípios: (i) o da indispensabilidade de uma lei que tenha expressamente autorizado a desapropriação; (ii) o de que nenhuma expropriação poderia ser efetivamente realizada sem que constasse “clara, positiva e expressamente” de ato legal especificando a propriedade a que se aplique; (iii) o de que nenhuma expropriação poderia ser efetivada sem prévia indenização; e (iv) o de que a expropriação de propriedade imóvel dependia da sua identificação por desenho, que represente tecnicamente a sua localidade, e que esteja legalizado.<sup>321</sup> E como crítica, REIS questionava a ausência, na legislação brasileira, de um prazo para efetivar a desapropriação, denunciando “protelações” que impediam os proprietários de realizar benfeitorias em suas propriedades, como consequência do decreto expropriatório. Narrava caso em que o decreto expropriatório fora editado e a desapropriação “dispensada” dez anos depois, sem nenhuma indenização, e reclamava um “dispositivo legal que ponha os expropriandos ao abrigo, pelo menos, de prejuízos”.<sup>322</sup>

---

<sup>319</sup> REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics Villas-Boas & C., 1923, p. 161.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 162-163.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 353.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 357-358.

### 5.2.1.3 O pensamento de MÁRIO MASAGÃO

O posicionamento de Mário MASAGÃO é diferenciado. Ele entendia que “Discutir, no direito administrativo, o instituto da desapropriação, é ultrapassar os limites da disciplina”. A afirmação tem origem na preocupação de MASAGÃO de localizar a “diferença específica” do Direito Administrativo, que o distinguiria dos demais ramos jurídicos.<sup>323</sup> Para tanto, o autor dividia a ação do Estado em ação jurídica e ação social.

Quando a ação dizia respeito à promoção do bem-estar geral, à cultura e ao progresso, seria denominada *ação social*. Neste âmbito, o Estado cuidaria de medidas de higiene, saúde pública, educação, bancos, auxílios à agricultura, à indústria e ao comércio, infraestrutura etc. Essas questões, do ponto de vista da sua oportunidade e legitimidade, não integrariam o objeto de estudo do Direito Administrativo, mas da Ciência da Administração. Só passariam ao Direito Administrativo quando se tratasse de realizá-las mediante ação oficial, isto é, mediante a constituição de órgãos e meios de intervenção.<sup>324</sup>

Já quando a ação dizia respeito à tutela do direito (que competiria exclusivamente ao Estado), seria denominada *ação jurídica*, que compreenderia as funções de declarar o direito, distribuir justiça, manter a ordem e a segurança pública, internamente, e promover a defesa nacional contra o inimigo exterior. Todas essas funções, exceto a distribuição da justiça, seriam reguladas puramente pelo Direito Administrativo. A distribuição da justiça, por sua vez, seria regulada pelo Direito Judiciário, o que envolveria as normas processuais e de organização do aparelho da justiça.<sup>325</sup>

Assim, o Direito Administrativo se distinguiria por abranger a ação jurídica do Estado que não envolvesse matéria contenciosa; “‘administrativo’ e ‘contencioso’ são dois termos que se repelem e excluem”, dizia MASAGÃO.<sup>326</sup> E se distinguiria por não contemplar ação social do Estado, mas apenas a sua organização.

O autor então definia o Direito Administrativo como “o conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica não contenciosa do Estado, e a constituição dos órgãos e meios

---

<sup>323</sup> MASAGÃO, Mário. **Conceito do direito administrativo**. São Paulo: Escolas Profissionais de Lyceu Coração de Jesus, 1926, p. 15.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 19-21.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 14-16.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 19.

de sua ação, em geral.” Segundo ele, tratava-se de um conceito científico alcançado recentemente, distinto dos antigos conceitos franceses, cuja escola denominava “caótica”.<sup>327</sup>

Cabia ainda distinguir o Direito Administrativo do Direito Constitucional, determinando nitidamente os seus confins. Para MASAGÃO, haveria uma cabal distinção: o Direito Constitucional teria por objeto a organização e forma do Estado, fixando “os princípios cuja observância é necessária para que essa forma não se altere”. Aludiria “unicamente *aos órgãos e aos direitos cuja existência é necessária para que o Estado tenha e mantenha a forma que lhe foi atribuída*”. Isso permitiria a distinção em face do Direito Administrativo: sempre que a alteração de um órgão de ação do Estado importar mudança na forma constitucional do Estado, o órgão é regido pelo Direito Constitucional; do contrário, é regido pelo Direito Administrativo.<sup>328</sup>

Por isso a desapropriação, para MASAGÃO, seria matéria “puramente de direito constitucional” quanto à sua essência e características fundamentais, uma vez que a limitação ao direito de propriedade, imposta por motivos de interesse coletivo, é “pertinente à própria forma do Estado constituído”, e seria uma “irregularidade” a “discussão copiosa, em tratados de direito administrativo, dos fundamentos do instituto da desapropriação por necessidade ou utilidade pública.”<sup>329</sup>

Apenas caberia ao Direito Administrativo “a regência puramente formal da função de declarar de utilidade ou necessidade pública determinado objeto”. De resto, tudo o que não fosse pertinente à preservação da forma do Estado seria matéria de Direito Civil.<sup>330</sup>

### 5.2.2 O tratamento teórico especializado

Sob outro ângulo, o período da Primeira República é marcado por produção bibliográfica aprofundada e específica a respeito do tema da desapropriação. Solidônio LEITE publica, em 1903, a obra “Desapropriação por utilidade pública”, com novas edições em 1921

---

<sup>327</sup> MASAGÃO, Mário. **Conceito do direito administrativo**. São Paulo: Escolas Profissionais de Lyceu Coração de Jesus, 1926, p. 21. MASAGÃO criticava os conceitos de Direito Administrativo que remetiam a disciplina ao estudo das “leis administrativas”, dos “atos do poder executivo” ou das relações dos órgãos administrativos entre si e com os administrados. Nesse âmbito de crítica, incluía autores como Dufour, Ducrocq, Hauriou e Laferrière (p. 22-23).

<sup>328</sup> Ibid., p. 25-26, com itálicos no original.

<sup>329</sup> Ibid., p. 40. Com efeito, o autor não discorre, em seu Curso de Direito Administrativo, cuja primeira edição foi publicada em 1959, sobre a desapropriação. Cf. MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

<sup>330</sup> Idem, **Conceito do direito administrativo**. São Paulo: Escolas Profissionais de Lyceu Coração de Jesus, 1926, p. 40.

e 1928;<sup>331</sup> Firmino WHITAKER publica, em 1925, a obra “Desapropriação (Estado de São Paulo)”, com nova edição em 1926;<sup>332</sup> Eurico SODRÉ publica, em 1928, a obra “A desapropriação”, igualmente reeditada.<sup>333</sup> Essas obras oferecem subsídios para o trabalho de foro, mas também propiciam reflexões importantes sobre o direito de propriedade e o poder de expropriar.

Uma pesquisa voltada a investigar as desapropriações concretamente propostas e realizadas no período poderá confirmar se a produção fértil e específica das obras e as suas reedições foram resultado de uma maior demanda sobre o tema, o que ora se especula.<sup>334</sup>

### 5.2.2.1 A obra de SOLIDÔNIO ATTICO LEITE

LEITE iniciava sua obra diferenciando a propriedade em sentido lato, que seria tudo o que faz parte do nosso patrimônio, e no sentido estrito, como “direito, em virtude do qual uma coisa se acha submetida, de modo completo e exclusivo, à nossa vontade e ação”. Dizia ser da essência do direito de propriedade o caráter dúplice, por ser livre e exclusivo, embora sujeito a limitações impostas pela lei ou pela vontade. Dentre essas limitações, figuraria a desapropriação como “a mais importante de todas”,<sup>335</sup> e cujo conceito, amplíssimo (integrado por limitações e restrições a direitos individuais), está a seguir reproduzido:

Desapropriação é o poder que tem o Estado de extinguir, limitar ou restringir, mediante justa indenização, o direito individual. Objetivamente considerada, vem a ser o ato, em virtude do qual um direito privado é extinto, limitado ou restringido, a bem do interesse público, mediante justa indenização.<sup>336</sup>

Segundo o autor, o fundamento da desapropriação consistia na “necessidade de se conciliar o direito individual com o exercício das funções essenciais do Estado, cujo desempenho é condição indispensável de toda sociedade regularmente organizada”.<sup>337</sup> Portanto,

---

<sup>331</sup> Para esta tese, foi possível a consulta à edição de 1921: LEITE, Solidônio. **Desapropriação por utilidade pública**. Nova edição, de acordo com o Código Civil. Rio de Janeiro: Editores – J. Leite & C.<sup>a</sup>, 1921.

<sup>332</sup> WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. **Desapropriação (Estado de São Paulo)**. 2. ed. São Paulo: Seção de Obras d’o Estado de São Paulo, 1924.

<sup>333</sup> Para esta tese, foi possível a consulta à 3<sup>a</sup> edição, póstuma, de 1955: SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

<sup>334</sup> Para registro, no período da Primeira República, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA identifica uma tese sobre desapropriação, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a cadeira de direito civil. É a tese de Mario Barroso Henriques da SILVA, “O desapropriante é obrigado a indenizar o arrendatário do bem desapropriado”. Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 304.

<sup>335</sup> LEITE, Solidônio. **Desapropriação por utilidade pública**. Nova edição, de acordo com o Código Civil. Rio de Janeiro: Editores – J. Leite & C.<sup>a</sup>, 1921, p. 7-8.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>337</sup> *Ibid.*, p. 14.

o autor se aproximava mais daqueles que invocavam a utilidade social como fundamento da desapropriação, e não o poder, a soberania ou o domínio eminente do Estado. Talvez por isso, o autor concordava com a solução de algumas legislações de autorizar a desapropriação realizada por empresas particulares e a indivíduos, quando atendido, ainda que indiretamente, o interesse público.<sup>338</sup>

Depois da introdução teórica sobre a desapropriação, LEITE passava a comentar a legislação pertinente e, ao final, apresentava discursos e jurisprudência. No ponto dos comentários à legislação,<sup>339</sup> criticava as soluções de restringir audiências dos proprietários quanto aos projetos e plantas de desapropriações, e de não admitir a análise de reclamações pelo Poder Judiciário.<sup>340</sup> As previsões de audiências dos proprietários e de reclamações estavam contidas na legislação do Império (cf. Apêndice) e, paulatinamente, foram revogadas.

Sobre o momento em que ocorria a transmissão da propriedade objeto da desapropriação, LEITE diferenciava o momento da declaração da desapropriação, com a aprovação dos projetos e plantas, e o momento da perda da posse do bem. Dizia que a indenização não era exigida pela legislação para transmissão da propriedade, e que nem sequer conhecia legislação que o fizesse; que em toda parte o proprietário perdia a propriedade do bem logo que fosse desapropriado (logo que fosse declarada a desapropriação), e que o que não se perdia era a posse, salvo nos casos de legislações que permitissem a imissão na posse mediante o depósito de uma “indenização presuntiva ou provisória”. Para o autor, tratava-se de “um perfeito caso de retenção como garantia de pagamento – condição *sine qua non* de tomada da posse pelo desapropriante”.<sup>341</sup>

#### 5.2.2.2 *A obra de FIRMINO ANTÔNIO DA SILVA WHITAKER*

WHITAKER tinha posicionamentos distintos daqueles de Solidônio LEITE. Em primeiro lugar, vinculava-se aos autores que fundamentavam a desapropriação na soberania do Estado ou no domínio eminente estatal. Conceituava a desapropriação como “ato unilateral de direito público com efeitos jurídicos de direito privado, provindo dessa mesma soberania que

---

<sup>338</sup> LEITE, Solidônio. **Desapropriação por utilidade pública**. Nova edição, de acordo com o Código Civil. Rio de Janeiro: Editores – J. Leite & C.<sup>a</sup>, 1921, p. 10.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 33 *et seq.*

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 49 e 58.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 56-58.



reconhece, garante e pode anular também os interesses do indivíduo”.<sup>342</sup> E dizia que o sujeito ativo da desapropriação é, “em princípio”, o poder público, porque “só quem tem garantido o direito de propriedade, em toda a sua plenitude, é que poderia derrogar a faculdade concedida.”<sup>343</sup> A exceção residiria em contratados ou concessionários do poder público, a quem o direito de desapropriar poderia ser transferido, com a responsabilidade da indenização, porque “nem sempre a autoridade pública realiza para si, a obra de interesse coletivo.”<sup>344</sup>

O autor prosseguia identificando sujeito passivo da desapropriação. Neste ponto, tinha um posicionamento peculiar: enquanto a generalidade dos autores (até hoje, diga-se) entende que os bens da União não podem ser desapropriados por Estados e Municípios, em função de uma invocada hierarquia federal,<sup>345</sup> WHITAKER entendia que o correto era diferenciar as espécies de bens e suas respectivas destinações ou utilidades, e não os entes federativos envolvidos.

Assim, se o bem público pertencia ao “domínio privado” ou “patrimônio particular” do ente federativo, isto é, se o seu uso não estava afetado ao serviço público, cabia a desapropriação, mesmo que se tratasse de desapropriação realizada por Município ou por Estado de bem do domínio da União. Sob outro ângulo, a observância de um invocado “princípio de hierarquia” só prevaleceria quando os entes federativos exercessem simultaneamente o direito de desapropriar. A explicação do autor não é clara nesse ponto, mas a interpretação que se extrai é a de que haveria uma espécie de hierarquia entre os interesses públicos envolvidos, de modo que, se União e Município pretendessem desapropriar bem do domínio privado de um Estado, o interesse manifestado pela União prevaleceria.

Eis as passagens da obra com as respectivas referências:

Se para o bem público for preciso um imóvel do patrimônio particular do Município, do Estado ou da União, a União, o Estado e o Município podem ser sujeitos passivos uns dos outros, porque o preceito constitucional não faz restrição, quanto ao proprietário. A observância do princípio da hierarquia só prevalece quando simultaneamente tais entidades exercem o direito de desapropriar.<sup>346</sup>

---

<sup>342</sup> WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. **Desapropriação (Estado de São Paulo)**. 2. ed. São Paulo: Seção de Obras d’o Estado de São Paulo, 1924, p. 3-4.

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>345</sup> Os autores a partir de 1941 também invocam o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 3.365/1941, que prevê que “Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.” Depois de 1988, há autores que entendem que esse dispositivo não foi recepcionado pela Constituição, que assegura a igualdade entre os entes federativos. Assim, por exemplo, JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

<sup>346</sup> WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. *Op. Cit.*, p. 12.

Finalmente, não se constitui obstáculo para a desapropriação, o fato do imóvel já pertencer à União, ao Estado ou ao Município. Neste caso, deve fazer-se uma distinção. Ou o imóvel está destinado ao serviço público, ou constitui patrimônio individual da pessoa administrativa. Desde que a desapropriação supõe o interesse público em conflito com o privado, só em relação aos bens do patrimônio privado do Estado, pode ela ser decretada; do contrário, surgiriam conflitos entre dois interesses públicos.<sup>347</sup>

O autor concluía que, entre os bens públicos de uso comum, de uso especial e patrimoniais (classificação que havia sido adotada pelo Código Civil de 1916), somente estes últimos poderiam ser objeto de desapropriação, precisamente porque desafetados do uso comum ou do uso especial em serviço público.

WHITAKER então tratava dos bens expropriáveis. Indicava que “tudo que constitui objeto de propriedade pode ser objeto de desapropriação: coisas móveis, semoventes ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas.”<sup>348</sup> Incluía aí os direitos autorais, inventos e descobertas, mas pontuava que são “os imóveis o objeto principal da desapropriação.”<sup>349</sup>

WHITAKER também entendia, diferentemente de LEITE, que o decreto expropriatório era um ato preliminar à desapropriação, e que a desapropriação somente se concretizava com a transmissão da propriedade, ocorrida com pagamento da indenização.<sup>350</sup>

Sobre a indenização, WHITAKER afirmava que devia compreender o “direito de todos os prejudicados”. Isso envolvia pagar indenização especial ao locatário, por exemplo, que fosse indicado pelo proprietário no processo de locação.<sup>351</sup> Quanto ao valor, pontuava que o valor da coisa objeto da desapropriação era distinto do valor dos prejuízos que deveriam ser compensados pelo pagamento da indenização; e que, “reunidos os dois elementos, fica estabelecido o justo preço garantido pela regra constitucional.”<sup>352</sup>

No Título III da obra, WHITAKER tratava do que chamou de “institutos complementares” da desapropriação, que indicou serem o acordo, o direito de extensão e a retrocessão. É a primeira sistematização dessa natureza de que se tem notícia na literatura.

No ponto em que se referia ao acordo, deixava claro seu posicionamento de que a desapropriação, exceto na hipótese de urgência, é um recurso subsidiário do poder público; “somente se usa, quando há impossibilidade de acordo” (tal como entendia VIVEIROS DE

---

<sup>347</sup> WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. **Desapropriação (Estado de São Paulo)**. 2. ed. São Paulo: Seção de Obras d’o Estado de São Paulo, 1924, p. 19-20.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 15-16.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 31 e p. 70.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 60 e p. 63.

CASTRO).<sup>353</sup> Assim, embora fundamentasse a desapropriação na soberania estatal, não se valia do argumento da soberania para defender que pudesse competir ao poder público decretar a utilidade pública de um bem, sem que antes buscasse comprá-lo.

Sobre o direito de extensão, definia-o como o direito “que tem o proprietário de exigir que, na transferência do imóvel parcialmente desapropriado, seja incluída a fração restante que se tornou inútil ou de difícil aproveitamento.” Discutia a natureza desse direito, que indicava ser especialíssima; não se tratava de compra e venda, “por faltar a vontade do desapropriante e mesmo do proprietário, que age forçado pelas circunstâncias”; não se tratava de desapropriação, porque era solicitado pelo proprietário, e o motivo consistia em seu interesse individual. Mas era ato complementar à desapropriação, orientado a “satisfazer prejuízos que não foram devidamente compensados pela indenização comum.”<sup>354</sup>

O tema da retrocessão será examinado em tópico específico a seguir. WHITAKER definia a retrocessão como “o direito que tem o ex-proprietário de readquirir o imóvel desapropriado, mediante a restituição do valor recebido, quando não tenha sido o imóvel aplicado em serviço de ordem pública”. É o conceito até hoje adotado. Mas cabe ainda referir que WHITAKER é o primeiro autor identificado na literatura que se refere ao cabimento da desapropriação para revenda, e à ausência de direito de retrocessão neste caso.<sup>355</sup>

A profundidade da exposição e os posicionamentos dissidentes de WHITAKER ainda se manifestavam em outra órbita. O autor distinguia limitações e restrições a direitos, e sustentava que “nem toda lesão do direito individual em nome do interesse público, constitui desapropriação. O característico desta é a transferência da propriedade, do legítimo titular para quem vá fazer o bem geral.”<sup>356</sup> Ou seja, para o autor, a desapropriação era instituto específico, caracterizado pela transferência da propriedade, e não por qualquer sacrifício a direito individual. A clareza e a precisão desse posicionamento justificam sua menção à parte. Boa parte da literatura vinha definindo a desapropriação como modo de extinção da propriedade. Quando se inclui o elemento da transferência, restringe-se o conceito de desapropriação, que

---

<sup>353</sup> WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. **Desapropriação (Estado de São Paulo)**. 2. ed. São Paulo: Seção de Obras d’o Estado de São Paulo, 1924, p. 91.

<sup>354</sup> Ibid., p. 95. O direito de extensão já era previsto desde o Decreto 353/1845 (art. 25), embora sem os requisitos da inutilidade ou difícil aproveitamento do restante do imóvel: “Art. 25. Os edifícios, que for necessário desapropriar em parte, serão desapropriados e indenizados no todo, se os proprietários o requererem. Com a mesma condição serão igualmente desapropriados, e indenizados no todo, os terrenos, que ficarem reduzidos a menos de metade.” Cf. BRASIL. **Decreto 353, de 12 de julho de 1845**. Designa os casos em que terá lugar a desapropriação por utilidade pública geral, ou municipal da Corte. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/594730/publicacao/15632580>. Acesso em: 19 maio 2021.

<sup>355</sup> WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. Op. Cit., p. 101.

<sup>356</sup> Ibid., p. 3.

nesse âmbito não pode ser invocada para garantir indenização para hipóteses em que não há destinação do bem expropriado ao atendimento de uma utilidade social (lembre-se a questão do trabalho escravo e a invocação à desapropriação por utilidade pública pelos autores do Império).

Ao final da obra de WHITAKER, há um apêndice com jurisprudência e uma minuta de projeto de “Código de Processo Paulista” sobre desapropriações, cujo trabalho é tributado ao então Ministro Manuel da Costa Manso.<sup>357</sup>

### 5.2.2.3 *A obra de EURICO SODRÉ*

Eurico SODRÉ iniciava sua obra criticando aqueles que consideravam a desapropriação um “grave atentado contra o direito privado ou uma odiosa exceção à plenitude do direito de propriedade”, eis que não cabia conceber um instituto que pudesse ser, ao mesmo tempo, jurídico e “injurídico”. Dizia que a desapropriação era instituto de direito público; “uma das garantias constitucionais da propriedade”; e “uma das muitas limitações legais do direito individual, mediante as quais se realizam a ordem e o bem-estar sociais.”<sup>358</sup>

O autor, tal como fizera VIVEIROS DE CASTRO, se esforçava para identificar no Direito Romano o instituto da desapropriação, e concluía que “é evidente que os Romanos conheciam o fenômeno da desapropriação, ainda que não o tivessem regulamentado, ou sistematizado de forma institucional.”<sup>359</sup> Passava então por rudimentos de desapropriação da Idade Média, da Renascença e dos “Tempos Modernos”, para alcançar a “Idade Contemporânea”, quando o princípio da desapropriação “se universalizou e se tonificou” por força da Revolução Francesa, na Constituição de 1791. Foi quando se consagrou “a teoria rigorosamente individualista do direito”, que vigorou até o começo do século XX. Mas “hoje é obsoleto esse conceito da propriedade”, pontificava SODRÉ.<sup>360</sup>

A obsolescência do conceito era justificada pelo autor à luz das lições de Léon Duguit sobre a solidariedade social (lembre-se que Duguit também eram citado por Aarão REIS). O pensamento de Léon DUGUIT será melhor examinado adiante, mas cabe indicar desde logo que o dado fundamental, de que se vale SODRÉ, consiste no fundamento realista identificado por Duguit para o Direito, qual seja, a manutenção da coesão ou da solidariedade

---

<sup>357</sup> Denominavam-se “Ministros” os Juizes do Tribunal Paulista no início do século XX. Cf. RODRIGUES DE ALCKMIN, José Geraldo. *Discurso. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Manuel da Costa Manso (centenário do seu nascimento)*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1976, p. 15.

<sup>358</sup> SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 9.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 13.

social. Em poucas palavras, para DUGUIT, o Direito existe porque os indivíduos estão obrigados a cooperar para viver coesos em sociedade; e é a regra de direito objetivo, que consiste em cooperar com a solidariedade social, que confere proteção às situações jurídicas individuais.<sup>361</sup>

Esse pensamento produz uma verdadeira inversão da percepção da propriedade, cuja ênfase deixa de ser o momento subjetivo (do indivíduo) para alcançar o momento objetivo (da regra de direito). SODRÉ chegava assim ao “fundamento moral” da desapropriação: “O homem, por sua origem e destino, é solidário com o seu meio. Está nessa solidariedade, o fundamento moral da desapropriação”.<sup>362</sup> E chegava também ao seu fundamento científico:

Não é que na desapropriação haja uma colisão de direitos, na qual tenha forçosamente de perecer o do mais fraco.

Não seria jurídica tal explicação.

O fundamento científico da desapropriação, deu-a LAURENT (Princ. du Droit. Civ. VI/133). O interesse particular não cede diante do geral. O proprietário, mais que de um interesse, é titular de um direito, sobre o qual outro interesse, ainda que geral, não pode nunca prevalecer.

Melhor se diria, talvez – abandonando a imagem da curvatura dos direitos individuais ante os sociais – que os direitos individuais já nascem e se consolidam com as limitações efetivas ou potenciais impostas pelo direito da coletividade. [...]

Está nessa gradação de direitos, a que se poderia denominar de disciplina fundamental da sociedade, a explicação jurídica da desapropriação.<sup>363</sup>

SODRÉ prosseguia dizendo que as explicações sobre a desapropriação que a tratavam como uma aplicação de um “‘direito de supremacia’, compreendido na noção geral do ‘domínio eminente’”, estavam superadas “diante da criação do Estado Constitucional, onde a lei fixou regras para as relações entre o Poder Público e os súditos”; e que o Estado, quando desapropria, não exerce um direito, mas cumpre um dever, que é o de “prover ao bem público”. Desse modo, a desapropriação não era um fim, mas um meio; um “direito funcional”.<sup>364</sup>

Ao final de sua obra, tratava do direito de extensão, com referência ao conceito de WHITAKER, e de retrocessão, tema que será examinado a seguir. A obra ainda contempla extensos comentários que consideravam, tendo em vista a edição a que se teve acesso (de 1955), a legislação de 1941 (o Decreto-Lei 3.365/1941). Essa matéria será tratada no período correspondente da história brasileira (1930 a 1988).

<sup>361</sup> DUGUIT, León. **Manuel de droit constitucional**. 2. ed. Paris: Fontemoing & C., Éditeurs, 1911, p. 12.

<sup>362</sup> SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 14.

<sup>363</sup> Ibid., p. 14-15.

<sup>364</sup> Ibid., p. 15. Curioso observar a referência a “súditos”, que ainda se vincula à perspectiva do invocado direito de supremacia do poder público; mais adiante, SODRÉ falava também da desapropriação como “direito do Estado contra os indivíduos” (p. 16). Acredita-se que a imprecisão decorra da recenticidade das ideias que rejeitavam as teorias individualistas e de soberania.

### 5.3 OS TEMAS ESPECÍFICOS

Os autores se preocupavam com alguns temas específicos relacionados à desapropriação, e que diziam respeito ao maior detalhamento com que se passou a tratar da questão. Esses temas estão referidos a seguir.

#### 5.3.1 Desapropriação e encampação

Encontra-se pela primeira vez na literatura a distinção entre desapropriação e encampação (retomada de concessões por razões de interesse público). São lições de WHITAKER, elaboradas quando a generalidade dos autores ainda não diferenciava os institutos.

O autor aludia à “revogação” de concessões. Cabe a equivalência entre a expressão usada, “revogação”, e a encampação, porque a revogação também se passa por razões de interesse público, e porque em outra passagem o autor se refere expressamente à “encampação”. Dizia que as concessões “provêm de contratos para serem explorados serviços de ordem geral, mediante vantagens auferidas pelos concessionários durante certo prazo”, e que as partes nesses contratos é que estabeleciam cláusula prevendo a transferência da propriedade particular para o Estado por meio da encampação, de modo que não cabia falar em desapropriação. O autor concluía: “o concessionário não fica com direito de propriedade sobre o trabalho. Não se trata, pois, de desapropriação.”<sup>365</sup>

De sua parte, SODRÉ seguia a mesma linha. Entendia que “em regra, não se desapropriam concessões de obras ou de serviços públicos, porque sua outorga – seja por via da licença ou consentimento, seja por via de contrato – prevê o modo de sua extinção”.<sup>366</sup> Mas não foi possível confirmar se esse entendimento já se manifestava nas primeiras edições da sua obra, eis que a edição acessada é a de 1955. Não obstante, o autor cita, como fundamentação do entendimento, a obra de J. Oliveira Cruz, “Da desapropriação”, que já é de 1941.

#### 5.3.2 Desapropriação e retrocessão

---

<sup>365</sup> WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. **Desapropriação (Estado de São Paulo)**. 2. ed. São Paulo: Seção de Obras d’o Estado de São Paulo, 1924, p. 3-4.

<sup>366</sup> SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 115.

O tratamento teórico da retrocessão é uma novidade na Primeira República e acompanha a inclusão da retrocessão na legislação, em 1903, embora não com essa nomenclatura, mas como “direito de reaver” o imóvel desapropriado, quando não aplicado à obra pública que justificou a desapropriação.<sup>367</sup>

VIVEIROS DE CASTRO tratava do direito do ex-proprietário de retomar o imóvel caso não fosse aproveitado para a utilidade pública que fundamentou a desapropriação, referindo-se a tanto como “direito de reversão e retrocessão”.<sup>368</sup>

LEITE indicava diversas denominações para o instituto: retrocessão, reaquisição, revenda, reinvidicação,<sup>369</sup> e narrava que a seção de justiça do Conselho de Estado, em 1883, já havia se manifestado favoravelmente ao “direito de resolver a desapropriação”, fundado “nos mais sólidos princípios da justiça”, eis que, “pelo princípio constitucional [da garantia da propriedade], decretada e julgada a desapropriação, o governo não pode desviar o imóvel desapropriado para fins diversos daqueles que serviram de fundamento à desapropriação, porque esse novo trabalho de utilidade pública precisaria também ser previamente conhecido.” Segundo o autor, também foi esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal em julgado de 30 de maio de 1895.<sup>370</sup>

WHITAKER conceituava a retrocessão como “o direito que tem o ex-proprietário de readquirir o imóvel desapropriado, mediante a restituição do valor recebido, quando não tenha sido o imóvel aplicado em serviço de ordem pública” (o conceito também está reproduzido mais acima).<sup>371</sup> Indicava não se tratar de direito real, mas obrigacional, a que o Código Civil (de 1916) conferia a natureza de preempção (art. 1.149 e seguintes). Dizia se tratar de uma faculdade do proprietário, que não poderia ser obrigado a readquirir o bem desapropriado, e indagava se o proprietário poderia pretender a reaquisição se a coisa desapropriada não fosse “empregada de acordo com o decreto, mas em destino diverso também de interesse público”.<sup>372</sup>

---

<sup>367</sup> SODRÉ relatava ter existido uma forma embrionária de retrocessão, prevista no art. 5º da Lei 57 de 1836, “quando deu ao proprietário, recurso ordinário para a Assembleia Legislativa Provincial, se pretendesse a restituição da propriedade.” SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 212.

<sup>368</sup> VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1912, p. 303-304.

<sup>369</sup> LEITE, Solidônio. **Desapropriação por utilidade pública**. Nova edição, de acordo com o Código Civil. Rio de Janeiro: Editores – J. Leite & C.<sup>a</sup>, 1921, p. 66.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>371</sup> WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. **Desapropriação (Estado de São Paulo)**. 2. ed. São Paulo: Seção de Obras d’o Estado de São Paulo, 1924, p. 101.

<sup>372</sup> *Ibid.*, p. 106.

Como resposta, mais uma vez seu posicionamento era distinto daquele até então predominante, e que ele mesmo professara, retratando-se.<sup>373</sup> O proprietário não poderia pretender a reaquisição se o bem desapropriado fosse aplicado a outra finalidade pública, “porque, havendo outro motivo de interesse público, nova desapropriação poderia ser decretada, sendo inútil portanto a retrocessão.”<sup>374</sup> Ademais, não caberia a alegação de que, desse modo, a retrocessão seria facilmente contornada pelo poder público, eis que seria descabido presumir que o poder público fosse “criar um trabalho de utilidade pública só para evitar a perda do imóvel”.<sup>375</sup>

O pensamento de WHITAKER se consolidou e se mantém como orientação prevalente, hoje.

### 5.3.3 Desapropriação para revenda

O tema da retrocessão conduziu à introdução de outro tema inovador na literatura da época, que consistiu na validade da desapropriação para revenda.

WHITAKER publicou, em 1925, o artigo “Desapropriar para vender”, que está reproduzido na sua obra sobre desapropriação.<sup>376</sup> São duas páginas em que indicava duas situações nas quais “o interesse público está justamente na revenda do imóvel”, e em que o direito de retrocessão claramente não poderia ser exercido.

Iniciava dizendo que o interesse público pode ser satisfeito de variadas formas, inclusive concedendo a desapropriação a particulares ou empresas “que desempenhem serviços que à autoridade não convenha desempenhar (luz, águas, esgotos, transportes, por ex.)”. Nestes casos, o interesse público seria realizado com o concomitante proveito do concessionário, que poderia adquirir a propriedade para revendê-la a particulares, quando existisse aí um bem geral que legitimasse a desapropriação.<sup>377</sup>

O primeiro caso citado por WHITAKER envolvia a restauração do alinhamento original de uma rua, porque evidenciada a inconveniência do recuo estabelecido. Neste caso, se

---

<sup>373</sup> Em crítica ao seu posicionamento anterior isolado, publicada integralmente na sua obra, há indicação das lições de outros autores e a referência ao art. 1.150 do Código Civil: “Art. 1.150. A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, o caso não tenha o destino para que se desapropriou.” WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. **Desapropriação (Estado de São Paulo)**. 2. ed. São Paulo: Seção de Obras d’o Estado de São Paulo, 1924.

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>375</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>376</sup> A publicação original se encontra na RT 54/291 (Revista dos Tribunais 54, de junho de 1925, p. 291-292), citada pelo autor.

<sup>377</sup> WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. *Op. Cit.*, p. 101-102.



o proprietário já havia recuado seu imóvel em atendimento à determinação municipal, e se rejeitava retornar o imóvel para o alinhamento original, a solução estaria em desapropriar o imóvel para revendê-lo a quem se dispusesse a obedecer ao alinhamento.

O segundo caso dizia respeito à ampliação da área de uma povoação, que poderia se dar por desapropriação das terras necessárias, assegurada ao desapropriante a faculdade de vender as terras, então em condições de estabelecimento da população, a terceiros. “Justamente nessas transferências, é que consiste a utilidade pública principal que determina a desapropriação”.<sup>378</sup>

SODRÉ também tratou da desapropriação para revenda. Não se sabe precisar se a menção existia desde a edição original de sua obra, ou se passou a constar da edição consultada, de 1955. Não obstante, os exemplos utilizados por SODRÉ são da segunda metade da década de 1920, o que justifica sua inclusão no período da Primeira República.

Segundo o autor, haveria hipóteses em que a única solução econômica e jurídica para a efetivação de certas obras de utilidade pública consistiria na desapropriação para a revenda posterior. “São os casos em que, sem intuito especulativo, mas sim de utilidade coletiva, se transforma a topografia ou a aproveitabilidade de uma área de terreno”; essa área “será modificada de tal maneira, que pode ser considerada como matéria-prima da qual, com as obras realizadas, se obterá uma espécie nova.”<sup>379</sup>

Entre os exemplos, SODRÉ incluía o dessecamento de áreas alagadiças ou inundáveis, a canalização de rios, o aterramento de lagoas, a drenagem e o saneamento de regiões inóspitas, o desmonte de morros etc. E indicava que a desapropriação para revenda já havia sido praticada em São Paulo, por via de concessão, para beneficiamento da várzea do rio Pinheiros, “desapropriando-se os terrenos situados na zona periodicamente atingida pelas enchentes desse rio e revendendo-os depois, em hasta pública, por preço que reembolse as despesas”; e no Rio de Janeiro, para obras de saneamento da Baixada Fluminense.<sup>380</sup>

<sup>378</sup> WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. **Desapropriação (Estado de São Paulo)**. 2. ed. São Paulo: Seção de Obras d’o Estado de São Paulo, 1924, p. 102-103.

<sup>379</sup> SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 79.

<sup>380</sup> Ibid., p. 79. Os exemplos de São Paulo datam de 1925 e 1927. “A empresa [Light] obteve entre 1925 e 1927 as autorizações do Governo do Estado para criar a represa Billings, para acanalizar e reverter o Rio Pinheiros, desviando as águas do Rio Tietê, e para desapropriar os terrenos da várzea do Pinheiros e depois revendê-los aos proprietários originais, cobrando o custo das melhorias, ou leiloá-los, reservando faixas para a municipalidade implantar avenidas marginais, pontes e trevos. Com a segurança do monopólio e a certeza da demanda, a Light mobiliza investimentos para a execução do projeto.” Cf. DIAS, Rafael Ayres de Carvalho; CAMPOS NETO, Candido Malta. *A Usina Elevatória de Traição e os projetos para a conformação territorial urbana no vale do Rio Pinheiros: São Paulo, 1909-1950*. In: PEIXOTO, Elane Ribeiro; PALAZZO, Pedro P.; DERNTL, Maria Fernanda; TREVISAN, Ricardo (org.). **Tempos e Escalas da Cidade e do Urbanismo. XIII Seminário de**

## 5.4 UM EVENTO MARCANTE: O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Como se sabe, durante a Primeira República foi publicado o Código Civil de 1916,<sup>381</sup> que resultou de projeto de Clóvis Beviláqua, depois de anos de expectativa e esforços de diversos juristas para criação de uma codificação brasileira que finalmente superasse as Ordenações Filipinas.

A publicação do Código Civil em 1916 preservou o modelo da propriedade moderna na legislação brasileira. O art. 524, *caput*, estabelecia que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.” O art. 525 tratava da propriedade plena, “quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário”, e limitada, quando resolúvel ou objeto de ônus real. E o art. 527 previa que “o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário”.

A literatura contemporânea destaca essa circunstância:

Já o Código Civil Brasileiro adota, francamente, o modelo de propriedade formatado pelo Código de Napoleão. Marcado pelo individualismo e pelo patrimonialismo, o Código de 1916 vai refletir, no seu art. 524, a filosofia e o sentimento da classe senhorial, que fez elaborá-lo à sua imagem e semelhança, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.<sup>382</sup>

Quanto a esse aspecto, a literatura contemporânea também observa que o Código Civil “nasceu velho”: já existiam posicionamentos críticos às conotações liberal-individualista dos códigos modernos e potestativa da propriedade (lembrem-se as contribuições de Léon Duguit, suprarreferidas), e os movimentos legislativos ocidentais já se direcionavam para um direito mais socializante (a exemplo da Constituição de Weimar, de 1919).<sup>383</sup> O próprio Clóvis

---

**História da Cidade e do Urbanismo.** Brasília: Editora FAU-UnB, 2014. Disponível em: <https://shcu2014.com.br/territ%C3%B3rio/317.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. Francisco CAMPOS também relata desapropriações autorizadas pelo Decreto 4.487/1928, do governo de São Paulo, autorizando a “The São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited” a desapropriar terrenos afetados pelas enchentes dos rios Pinheiros e Guarapiranga, que fossem beneficiados pelas obras de canalização desses rios. Cf. CAMPOS, Francisco. **Direito Civil.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956, p. 429.

<sup>381</sup> BRASIL. **Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 02 abr. 2022.

<sup>382</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas (uma análise do ensino do direito de propriedade).** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104.

<sup>383</sup> “O ambiente social, jurídico e intelectual mostrava-se propício à aplicação das restrições à propriedade e aos contratos consideradas necessárias à melhoria das condições de trabalho dos operários, quando foi promulgada a Constituição Alemã de 1919. A ideia de ‘obrigação’ decorrente da titularidade da propriedade possuía um sentido positivo, de participação ativa no processo de integração social. De modo diferente, no Brasil, as limitações

BEVILÁQUA o reconhece quando, explicando o seu projeto primitivo de Código Civil, narrava que, no art. 602, prescrevera: “A lei assegura ao proprietário, *dentro dos limites por ela traçados*, o direito de *utilizar-se* de seus bens, como entender e de reivindicá-los, quando corpóreos, do poder de quem, injustamente, os possua.” A redação traduzia a tendência dos códigos que iam “se orientando no sentido de equilibrar o interesse do indivíduo com o da sociedade”.<sup>384</sup> Contudo, a redação não foi mantida.

Sobre a desapropriação, o Código Civil de 1916, no art. 590, previu os casos de necessidade pública (§ 1º) e de utilidade pública (§ 2º), repetindo o que já constava da legislação.<sup>385</sup> E no art. 660 acrescentou que “A União e os Estados poderão desapropriar por utilidade pública, mediante indenização prévia, qualquer obra publicada, cujo dono a não quiser reeditar.”

---

impostas ao exercício do direito de propriedade e ao contrato foram consideradas, inicialmente, por alguns, como atentado ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa e do livre exercício das profissões, como vimos linhas atrás. As únicas restrições mencionadas por Clóvis à propriedade eram os princípios relativos ao ‘usucapião’ e à ‘desapropriação por utilidade pública’, consignados no próprio Código; e fora dele, os impostos, as prescrições municipais, por motivos de higiene, de utilidade e de aformoseamento. A natureza destas limitações revela o tipo de comportamento do Estado nos primeiros tempos da República.” VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 142.

<sup>384</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**, v. 1. Edição fac-símile (sem ano original). Brasília: Senado Federal / STJ, 2003, p. 134.

<sup>385</sup> “Art. 590. Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública. § 1º Consideram-se casos de necessidade pública: I. A defesa do território nacional. II. A segurança pública. III. Os socorros públicos, nos casos de calamidade. IV. A salubridade pública. § 2º Consideram-se casos de utilidade pública: I. A fundação de povoações e de estabelecimentos de assistência, educação ou instrução pública. II. A abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, praças, canais, estradas de ferro e em geral, de quaisquer vias públicas. III. A construção de obras, ou estabelecimento, destinados ao bem geral de uma localidade, sua decoração e higiene. IV. A exploração de minas.” BRASIL. **Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 02 abr. 2022.

## 6 O PERÍODO DE 1930 A 1988

Adota-se a convenção de tratar do período que vai de 1930, ano que marca o fim da Primeira República e a tomada do poder por Getúlio Vargas, a 1988, ano em que se promulga a Constituição Federal ora vigente, num capítulo único.

Trata-se de período em que os estudiosos reconhecem ter vigorado no Brasil o propósito de levar a efeito “o projeto varguista, entendido como um conjunto de políticas públicas visando ao desenvolvimento nacional, com base em um Estado centralizado e interventor.”<sup>386</sup> Assim, houve o compartilhamento de uma certa visão de Estado, mais interventor e potencialmente autoritário, que se manifesta na literatura jurídica e na legislação sobre a desapropriação.

É um período em que se verificaram maiores e mais complexas intervenções no campo da realização de direitos econômicos sociais, o que encontrou reflexo na profícua produção legislativa e na inclusão de elementos sociais da propriedade nas Constituições.<sup>387</sup>

### 6.1 AS SUCESSIVAS CONSTITUIÇÕES

O período contemplou nada menos que quatro Constituições (1934, 1937, 1946 e 1967). O direito de propriedade e a desapropriação, previstos nessas Constituições, apresentaram caracteres distintos daqueles verificados nas Constituições anteriores.

A Constituição de 1934 foi a primeira que se referiu ao interesse social como freio ao exercício do direito de propriedade.<sup>388</sup> No art. 113, assegurou “a inviolabilidade dos direitos

---

<sup>386</sup> Cf. BASTOS, Pedro Paulo Zahluth; e FONSECA, Pedro Cezar Dutra (org.). **A Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade**. São Paulo: UNESP, 2012.

<sup>387</sup> A inspiração para o tratamento unificado está em MENEZES DE ALMEIDA: “[...] em uma perspectiva de análise que procura vislumbrar as obras gerais sobre direito administrativo, encontra-se no período determinada homogeneidade a justificar um tratamento unificado, por contraste com o que se passava nos períodos anteriores e também – como se verá – com o que se passará no período cujo início se convencionou marcar em 1988.

A homogeneidade basicamente refere-se à conformação de um Estado que – apesar de diversas concepções político-ideológicas em sucessivos governos – passa a dotar-se de mecanismos de intervenção para a realização de direitos econômicos e sociais.

São direitos que nascem nos primórdios de um período que já evoluía rumo ao autoritarismo, ainda que seu primeiro marco constitucional seja uma Constituição (de 1934) de aparência liberal-democrática, mas logo sucedida por outra (de 1937) de evidente tendência autoritária.” MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 241-242.

<sup>388</sup> Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA relata embates da Constituinte sobre os direitos econômicos e sociais, notadamente sobre as limitações à liberdade de iniciativa e ao direito de propriedade. A bancada paulista, liberal, propunha questões de índole social-liberal, reconhecendo a superação do liberalismo individualista em prol

concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade”, que no inciso 17 veio assim designado:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.<sup>389</sup>

O dispositivo tratava tanto da desapropriação quanto de outra figura, a requisição administrativa, que autorizava o uso da propriedade privada pelo poder público em circunstâncias excepcionais (perigo iminente, tempo de guerra ou “comoção intestina”), ressalvado o direito de indenização posterior. Isso não se passava com as Constituições de 1824 e 1891, que não previram o instituto (embora a Constituição de 1824 se referisse ao “uso e emprego” da propriedade do cidadão, e o instituto pudesse ser extraído da legislação).<sup>390</sup>

A Constituição de 1937, por sua vez, outorgada com o Estado Novo, assegurava, no art. 122, “o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade”, nos seguintes termos (foram duas redações):

---

do da solidariedade humana, mas buscando mitigar concepções socialistas, com correção de excessos centralizadores e atenuação das antíteses entre o Estado e o indivíduo. Cf. *O corpo de doutrina jurídico da Revolução de 1932 e sua influência sobre o regime constitucional brasileiro de 1934*. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159-194.

<sup>389</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

<sup>390</sup> A figura da requisição administrativa (incluída entre as restrições do direito de propriedade) por vezes é referida pela literatura como uma “desapropriação do uso” (Cf. LEITE, Solidônio. **Desapropriação por utilidade pública**. Nova edição, de acordo com o Código Civil. Rio de Janeiro: Editores – J. Leite & C.<sup>a</sup>, 1921, p. 12). Cabe diferenciar os institutos, e são três as distinções fundamentais. A primeira delas reside em que a requisição administrativa não é causa imediata de privação da propriedade. A requisição importa o uso temporário da propriedade alheia, no caso de iminente perigo público (é o significado comum de longa data, reproduzido no art. 5º, inc. XXV, da Constituição de 1988), e não a transferência de sua titularidade. Somente haverá privação (extinção) da propriedade quando se tratar de requisição de bem consumível, mas isso se dará como consequência do próprio consumo ou do perecimento do bem, e não da requisição administrativa. A segunda distinção reside na indenização. Na requisição administrativa, há indenização ulterior por dano sofrido pelo proprietário como decorrência da privação temporária do uso da propriedade, e não indenização prévia, como na desapropriação. A solução se justifica pelo estado de perigo e de anormalidade que fundamenta a requisição; em tese, a solução menos gravosa é sacrificar temporariamente o direito de uso do bem pelo seu proprietário, a fim de minorar os efeitos danosos da sujeição da comunidade a um perigo iminente. Além disso, o dano eventualmente causado ao proprietário é incerto e continuado até a devolução do bem. Dependerá do uso que será conferido a esse bem e do tempo em que o bem for requisitado. A terceira distinção reside na autoexecutoriedade da requisição. Expedido o ato requisitório, o uso do bem pode ser imediatamente exigido pela Administração. Isso não se passa com a desapropriação; a transferência da propriedade só acontece quando há concordância do proprietário quanto ao valor da indenização, ou provimento judicial. A candidata tratou do tema e indicou alguns desses pontos em: NIEBUHR, Karlin Olbertz. *Requisitos de validade das requisições administrativas*. In: JUSTEN FILHO, Marçal *et al.* **Covid-19 e o direito brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020. E-book Kindle, s.p.

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;<sup>391</sup>

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

A segunda redação remete ao art. 166, que tratava da declaração de estado de emergência “em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou por em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos”, e da declaração de estado de guerra, “desde que se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado”, sem necessidade de intervenção do Parlamento. Também houve duas redações para ao art. 166, sendo que a segunda redação acrescentou um parágrafo ao dispositivo, prevendo:

§ 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País.

As garantias constitucionais de propriedade de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras foram de fato suspensas pelo Decreto 10.358, de 1942, que declarou estado de guerra no território nacional, por ocasião da 2ª Guerra Mundial.<sup>392</sup>

Com a reorganização do Estado e a queda do Estado Novo, foi promulgada a Constituição de 1946, cujo art. 141, § 16, reproduziu quase integralmente a previsão da Constituição de 1934 sobre a garantia da propriedade e a desapropriação.

Constou do dispositivo, na redação original:

---

<sup>391</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

<sup>392</sup> BRASIL. **Decreto 10.358, de 31 de agosto de 1942**. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d10358.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d10358.htm). Acesso em: 01 jun. 2022. Antes ainda, houve a publicação do Decreto-Lei 4.166, de 11 de março de 1942, que decretou o confisco de bens e direitos de alemães, japoneses e italianos, domiciliados ou residentes no Brasil, para responder por prejuízos resultantes de atos de agressão praticados pela Alemanha, pelo Japão ou pela Itália. Cf. BRASIL. **Decreto-Lei 4.166, de 11 de março de 1942**. Dispõe sobre as indenizações devidas por atos de agressão contra bens do Estado Brasileiro e contra a vida e bens de brasileiros ou de estrangeiros residentes no Brasil. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del4166.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del4166.htm). Acesso em: 18 jun. 2022.

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.<sup>393</sup>

A redação do foi alterada pela Emenda Constitucional 10/1964, que incluiu na Constituição os parágrafos do art. 147, para passar a prever a exceção da desapropriação por interesse social para reforma agrária, paga não em moeda corrente, mas em títulos especiais da dívida pública, e de competência exclusiva da União. A redação do § 16 do art. 141 ficou sendo a seguinte:

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

O art. 147, por sua vez, estava incluído no título pertinente à Ordem Econômica e Social. Estabelecia o seguinte, já com a inclusão dos parágrafos, promovida pela Emenda Constitucional 10/1964:

Art. 147 - 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 todos.

§ 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.

§ 2º A lei disporá, sobre o volume anual ou periódico das emissões, bem como sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

---

<sup>393</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 02 abr. 2022.

§ 4º A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5º Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal.

§ 6º Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

Vê-se claramente a proposta de condicionar o uso da propriedade ao bem-estar social, no *caput* do art. 147, e na previsão da desapropriação por interesse social, no § 16 do art. 141. As previsões eram diferentes daquela originária da Constituição de 1934, que primeiro fez referência ao interesse social (ou coletivo), eis que lá se trazia o sentido de obstáculo ao livre uso pelo proprietário, e não de condicionamento em sentido positivo, muito menos de promoção da justa distribuição da propriedade.

Os comentários à Constituição de 1946 a que foi possível ter acesso, de Carlos MAXIMILIANO, explicam que “As expressões – ‘ou por interesse social’ – não figuravam no Projeto de estatuto fundamental; provêm da Emenda 3068, elaborada pelo Professor Ferreira de Souza”. A justificativa para a inclusão foi a seguinte:

“Que o homem possua como seu, de forma absoluta, aqueles bens necessários à sua vida, à sua profissão, à sua manutenção e à da sua família, mesmo os que constituírem economias para o futuro, é perfeitamente lógico, mesmo de Direito Natural. Mas, além desse mínimo, ou a propriedade tem uma função social, ou o seu proprietário a explora ou a mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, para o enriquecimento geral, ou ela não se justifica. Na hipótese, a Emenda não chega ao extremo de negá-la. Mas, superpondo o bem comum ao bem individual, admite a expropriação *das propriedades inúteis*, das que poderiam ser cultivadas e não o são, daquelas cujo domínio absoluto chega a representar um acinte aos outros homens.”<sup>394</sup>

Não obstante a referência a um “direito natural” pelo legislador, MAXIMILIANO indicava o pano de fundo jusfilosófico em que fora promulgada a Constituição. Citava Léon Duguit, com sua afirmação de ser a propriedade “uma função social do detentor da riqueza”, e citava a rejeição, “pelo menos entre juristas filósofos”, da doutrina da propriedade ilimitada e individualista (e, mesmo, do individualismo econômico “em toda a sua plenitude”, que ficava “subordinado ao limite social”). Eis o trecho pertinente:

---

<sup>394</sup> Citação da justificativa da Emenda de Ferreira de Souza, cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**, 4. ed., v. III. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, p. 102-103.



Hoje, pelo menos entre juristas filósofos, não mais aceitam a doutrina da propriedade ilimitada, nem tão pouco o conceito individualista de uma prerrogativa, que é mantida por motivos sociais. Ninguém adota a definição proposta pela escola do século XVIII, que inspirou a dos Códigos Civis da França e da Itália e que é atribuída erroneamente às fontes do Direito Romano: *Jus utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur* – “Prerrogativa de usar e abusar de coisa sua, até onde permita a razão de Direito.” [...] Não mais se mantém o individualismo econômico, “em toda a plenitude”, irrestrito, como outrora; fica subordinado ao limite social. Assim, o domínio é confinado pelo interesse superior da coletividade; à liberdade de contratar empréstimos se sobrepõe a vedação da usura; o direito hereditário é regulado pelo Estado, que do mesmo participa recolhendo heranças vagas e lançando sobre as sucessões imposto progressivo.<sup>395</sup>

A previsão da Constituição de 1967 era muito semelhante. O art. 150 assegurava “a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade”, e, quanto à propriedade, no § 22, dizia:

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.<sup>396</sup>

O art. 157, por sua vez, no inc. III, incluía inovadoramente entre os princípios da ordem econômica o da “função social da propriedade”, e nos parágrafos tratava da desapropriação para reforma agrária, paga mediante títulos especiais da dívida pública quando se tratasse de latifúndio.

Na redação original do § 1º havia previsão de indenização prévia e justa; com a redação alterada pelo Ato Institucional 9, de 1969, excluiu-se a menção à indenização prévia. A competência também era exclusiva da União e a desapropriação só poderia recair sobre a propriedade territorial rural que descumprisse a função social definida em lei, nos termos do § 3º.

## 6.2 O DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO

Pouco antes da Constituição de 1934 foi publicado o Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934, que estabeleceu o Código de Águas.<sup>397</sup> O art. 32 previu a desapropriação por

<sup>395</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**, 4. ed., v. III. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, p. 94-95.

<sup>396</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

<sup>397</sup> BRASIL. **Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d24643\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643_compilado.htm). Acesso em: 14 abri. 2022.

necessidade ou utilidade pública das águas públicas de uso comum ou patrimoniais, dos Estados ou dos Municípios, e das águas comuns e particulares, com respectivos álveos e margens. O dispositivo previa uma escala de competências para a desapropriação: as águas particulares poderiam ser desapropriadas pelos Municípios; as particulares e as dos Municípios, pelos Estados; e todas elas, pela União. Mas, segundo o art. 33, só caberia a desapropriação de águas para o desempenho de serviço público.<sup>398</sup>

Ainda, em 1939, foi publicado o Decreto-Lei 1.283,<sup>399</sup> cujo art. 2º declarou que a enumeração dos casos de utilidade e necessidade pública pela lei seria meramente exemplificativa. Trata-se de evidência da nota autoritária que caracterizou a ocasião, considerando-se que a previsão das hipóteses de desapropriação por lei era exigência fundamental do modelo liberal da propriedade moderna.

Ademais, as três legislações que marcaram fortemente o período em matéria de propriedade e desapropriação são o Decreto-Lei 3.365/1941, que até hoje disciplina as desapropriações por utilidade pública;<sup>400</sup> a Lei 4.132/1962,<sup>401</sup> que define o regime ordinário para os casos de desapropriação por interesse social; e a Lei 4.504/1964,<sup>402</sup> que dispôs sobre o Estatuto da Terra e contém disciplina para a desapropriação por interesse social para reforma agrária.

### 6.3 A LITERATURA JURÍDICA

A literatura jurídica contemporânea observa que, ao longo do período de 1930 a 1988, “ocorre um adensamento da teoria do direito administrativo que permite cogitar da

---

<sup>398</sup> “Art. 32. As águas públicas de uso comum ou patrimoniais, dos Estados ou dos Municípios, bem como as águas comuns e as particulares, e respectivos álveos e margens, podem ser desapropriadas por necessidade ou por utilidade pública: a) todas elas pela União; b) as dos Municípios e as particulares, pelos Estados; c) as particulares, pelos Municípios. Art. 33. A desapropriação só se poderá dar na hipótese de algum serviço público classificado pela legislação vigente ou por este Código.”

<sup>399</sup> BRASIL. **Decreto-lei 1.283, de 18 de maio de 1939.** Dispõe sobre o processo das desapropriações. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1283-18-maio-1939-349151-publicacao-original-1-pe.html>. Acesso em: 24 maio 2022.

<sup>400</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 25 jun. 2022. O projeto de lei é do administrativista Francisco Campos, então Ministro da Justiça, que também trabalhara no texto da Constituição de 1937.

<sup>401</sup> BRASIL. **Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962.** Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4132.htm). Acesso em: 24 maio 2022.

<sup>402</sup> BRASIL. **Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964.** Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm). Acesso em: 24 maio 2022.

*formação da continuidade teórica.*”<sup>403</sup> Há vasta produção teórica em Direito Administrativo e é possível identificar correntes ideológicas, uma mais liberal, outra mais estatizante, com variações de ênfase entre valores democráticos e nacionalistas.<sup>404</sup>

A produção em Direito Administrativo se traduz em cursos e manuais, mas também em tratados e compilações de pareceres.<sup>405</sup> Para esta tese, houve consulta às obras de CIRNE LIMA, Ruy. “Sistema de direito administrativo brasileiro”;<sup>406</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. “Tratado de direito administrativo”;<sup>407</sup> LEAL, Victor Nunes. “Problemas de direito público”;<sup>408</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito administrativo brasileiro”;<sup>409</sup> REALE, Miguel. “Direito administrativo (estudos e pareceres)”;<sup>410</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. “Princípios gerais de direito administrativo”;<sup>411</sup> TÁCITO, Caio. “Direito administrativo”;<sup>412</sup> e de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Curso de direito administrativo”.<sup>413</sup> Muitas delas não tratam de desapropriação, ou fazem referência meramente passageira ao instituto.

Em complemento, houve consulta a dois comentários às Constituições, de Carlos MAXIMILIANO<sup>414</sup> e de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA,<sup>415</sup> e ao “Curso de direito constitucional brasileiro” de Pedro CALMON.<sup>416</sup>

---

<sup>403</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 243.

<sup>404</sup> “Neste período histórico, a corrente *liberal* explicita primordialmente sua variante *democrática*; e a corrente *estatizante*, sua variante *nacionalista* [...]. O adjetivo ‘democrático’ acrescido a ‘liberais’ não nega que os estatizantes possam igualmente pretender defender a democracia; e a ausência de referência ao nacionalismo dos liberais não significa que sejam eles alheios aos anseios e interesses nacionais.

Apenas quer-se sugerir que os estatizantes tratam seu nacionalismo como valor mais forte do que a democracia, tendendo a ver no Estado, mais do que no indivíduo, o elemento aglutinador por excelência dos valores da nacionalidade; enquanto para os liberais, a democracia toma a preeminência, como instrumento de garantia da liberdade.” *Ibid.*, p. 244-245.

<sup>405</sup> Para a referência às diversas obras e autores, consultar MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Op. Cit.*, p. 245 *et seq.*

<sup>406</sup> CIRNE LIMA, Ruy. **Sistema de direito administrativo brasileiro**, I, Introdução. Porto Alegre: Gráfica Editora Santa Maria, 1953.

<sup>407</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**, v. III, Do poder de polícia – Das águas – Das minas – Dos bens, 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956.

<sup>408</sup> LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

<sup>409</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

<sup>410</sup> REALE, Miguel. **Direito administrativo (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

<sup>411</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, 2v. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

<sup>412</sup> TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

<sup>413</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

<sup>414</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**, 4. ed., v. III. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948,

<sup>415</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**, t. V (arts. 150, § 2º - 156). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

<sup>416</sup> CALMON, Pedro. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937.

Também foram publicados, no período, tratados e obras específicas sobre a desapropriação, que foram consultados: de Miguel SEABRA FAGUNDES, “Desapropriação no Direito Brasileiro”, de 1942;<sup>417</sup> de SYLVIO PEREIRA, “O poder de desapropriar”, de 1948;<sup>418</sup> de João MENDES DA COSTA FILHO, “Propriedade-Desapropriação-Inquilinato: o ‘bem estar social’ da Constituição de 1946”, de 1953;<sup>419</sup> de Sérgio FERRAZ, a compilação “Desapropriação: indicações de doutrina e jurisprudência”, de 1972;<sup>420</sup> de José CRETELLA JÚNIOR, “Tratado Geral da Desapropriação”, em dois volumes, de 1980;<sup>421</sup> de Adilson Abreu DALLARI, “Desapropriação para fins urbanísticos”, de 1982;<sup>422</sup> e de Odete MEDAUAR, já na virada do período para a Constituição de 1988, “Destinação dos bens expropriados”, de 1986.<sup>423</sup>

Nota-se, nessas obras, a comunhão de entendimentos a respeito de diversos pontos sobre a propriedade e a desapropriação, embora também se notem as distintas posturas ideológicas, antes referidas.

### 6.3.1 As posturas liberal e estatizante

Entre os autores de Direito Administrativo, e também os comentaristas às Constituições, identificam-se as duas posturas ideológicas, uma que enfatiza o aspecto estatal da atuação administrativa, outra que enfatiza a garantia dos direitos atingidos e visados por essa atuação.

Não significa dizer que não se encontrem posicionamentos neutros, nem que as posturas se desprezem entre si; haverá, até mesmo, quem sustente posicionamentos que albergam a proteção jurídica da efetividade da atuação estatal associada à garantia dos direitos individuais. Mas mesmo nestes casos será possível encontrar a tônica da abordagem a partir do eixo teórico adotado pelo autor para estruturar o Direito Público: de um lado, a autoridade do Estado, observada a partir da lógica dos meios detidos pelo Estado para atingir seus objetivos; de outro, a função exercida pelo Estado, observada a partir da lógica dos fins.

---

<sup>417</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942.

<sup>418</sup> PEREIRA, Sylvio. **O poder de desapropriar**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1948.

<sup>419</sup> MENDES DA COSTA FILHO, João. **Propriedade-Desapropriação-Inquilinato: o “bem estar social” da Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1953.

<sup>420</sup> FERRAZ, Sérgio. **Desapropriação: indicações de doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

<sup>421</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado geral da desapropriação**, 2v. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

<sup>422</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Desapropriações para fins urbanísticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

<sup>423</sup> MEDAUAR, Odete. **Destinação dos bens expropriados**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986.

Essas posturas podem ainda vir atreladas ao reconhecimento de uma preponderância ou supremacia do interesse público (coletivo) sobre o interesse individual, com a pressuposição de que o indivíduo é um elemento de menor valor social que o Estado; ou ao reconhecimento de que o Estado serve ao indivíduo e à coesão social, de modo que não existe uma oposição intrínseca ou primordial entre os interesses individual e social.

A distinção produz consequências sobre as abordagens dos autores a respeito da propriedade e da desapropriação. De um lado, as antigas teorias sobre o domínio eminente ou a soberania do Estado são revigoradas para justificar o poder expropriatório; de outro, parte-se do valor liberal da legalidade e da sua relevância para convivência em sociedade para justificar a desapropriação. Em todo caso, já se notam (desde a Primeira República, aliás) a rejeição do individualismo moderno e a adoção de uma perspectiva mais socializante.

Entre os autores que aderem ao primeiro tipo de abordagem, está por exemplo MAXIMILIANO, que negava que a desapropriação pudesse ser praticada para beneficiar indivíduos, uma classe ou sociedades particulares, mesmo que a transferência do bem, nestes casos, pudesse diretamente ser útil à coletividade. A postura do autor creditava à pessoa do Estado a posição privilegiada e inegociável de tutela dos interesses públicos, e rejeitava a consecução desses mesmos interesses pelas pessoas privadas:

Não se desapropria coisa alguma em benefício de indivíduos, de uma classe, ou de sociedades particulares, ainda que direta ou indiretamente sejam úteis à coletividade; de fato, a propriedade sairia do poder de um cidadão para entrar no domínio, uso e gozo de *outro*, não do Estado. O desfrute do bem particular há de passar para o público *em geral* ou para repartições ou serviços públicos.<sup>424</sup>

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, por sua vez, em seu curso de Direito Administrativo, conceituava a desapropriação como “a devolução compulsória e indenizada de um bem ao domínio público, para atender a um interesse coletivo.”<sup>425</sup> Ou seja, partia da concepção do domínio eminente, a que retornariam as propriedades (os domínio úteis) desapropriadas. E Hely Lopes MEIRELLES, também em seu curso, afirmava categoricamente que a desapropriação “é a mais drástica das formas de atuação do *poder de império* do Estado, ou mais adequadamente do *poder de soberania*, no exercício do seu *domínio eminente* sobre

---

<sup>424</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**, 4. ed., v. III. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, p. 105.

<sup>425</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 260.

todos os bens existentes no território nacional”,<sup>426</sup> e que era instrumento “para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos”.<sup>427</sup>

Entre os autores do segundo tipo de abordagem, cita-se SEABRA FAGUNDES, que observava:

O direito de propriedade, assegurado pela Constituição Federal, está condicionado, no seu exercício e amplitude, à conciliação com o interesse coletivo, seja este expresso no respeito devido aos demais direitos outorgados ao indivíduo como célula da sociedade, seja expresso nas necessidades gerais do Estado como órgão de tutela do interesse público.<sup>428</sup>

### 6.3.2 O conceito de propriedade objeto de desapropriação

No período, a literatura também passou a relatar transformações no conceito de propriedade. Mas a observação dessas transformações em sua maioria continuava partindo da premissa da propriedade direito subjetivo. O modelo da propriedade moderna, reflexo da personalidade do indivíduo (do “meu jurídico”) e dos seus poderes jurídicos, altamente abstrato e por isso facilmente adaptável, se mantinha. O afastamento se dava apenas do conceito civilista de propriedade, vinculado à propriedade direito real, e do individualismo radical.

Colaborou para essa abordagem a referência do Decreto-Lei 3.365/1941, cujo art. 2º estabelece que, “mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados”. Isto é, houve um reforço de que o objeto da desapropriação não correspondia apenas à propriedade imóvel (objeto, por exemplo, da desapropriação do direito francês e das primeiras legislações brasileiras, embora no Brasil já se invocasse, desde o Império, a desapropriação para toda espécie de propriedade). Também colaborou (como vinha colaborando, desde o Império) a interpretação ampliada conferida à garantia da propriedade pelas Constituições.

Assim, por exemplo, Carlos MAXIMILIANO dizia que as Constituições modernas compreendiam a propriedade não nos termos “restritos do Código Civil; abrangem quaisquer direitos privados patrimoniais, reais ou pessoais; portanto, os haveres de cada um; tudo o que pode ser possuído por alguém ou de que alguém é dono”, o que inclui os “direitos adquiridos, quando havidos legalmente; o que tenha valor econômico; bens corpóreos ou incorpóreos,

---

<sup>426</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 492-493.

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 501.

<sup>428</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, p. 13.

móveis ou imóveis.” Ele acrescentava que “contratos, concessões, prioridades, preferências não se revogam: desapropriam-se; pois se acham constitucionalmente garantidos.”<sup>429</sup>

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, por sua vez, indicava que a aplicação da desapropriação era muito diversificada, passando pela desapropriação de aparelhos ou mecanismos e suas patentes; pela encampação de serviços concedidos; pela monopolização de atividades produtivas; pela desapropriação para solução de problemas urbanos e pelo fomento, quando se tratava de desapropriação para reforma agrária.<sup>430</sup> Ou seja, o conceito de propriedade, adotado pelo autor, para fins de desapropriação, também era amplíssimo.

Finalmente, é notável o entendimento de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. Nos seus comentários à Constituição de 1967,<sup>431</sup> assim se expressava:

“Propriedade”, no sentido do texto, exige a *realidade* do direito; ou “propriedade”, no sentido da Constituição brasileira de 1967, abrange todos os *bens patrimoniais*? A questão é mais grave do que se pensa. Se a segunda opinião é que é a verdadeira, e é *a dominante* [...], o legislador não é obrigado a manter o conceito de propriedade *real*, e todos os direitos patrimoniais poderiam passar a ser *reais*. Mais ainda: não se poderiam “desapropriar” créditos pessoais, ou direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, sem observância do art. 150, § 22. Se a primeira opinião é que é a verdadeira [...], então, sim, o legislador não só seria obrigado a manter a referência à patrimonialidade, o acesso aos bens em sentido geral, mas também a *realidade* dos direitos tidos hoje como propriedade (direitos *reais*), como sendo mínimo. A verdadeira interpretação é a que vê em “propriedade”, no art. 150, § 22, propriedade individual, no mais largo sentido; e de modo nenhum se exclui a desapropriação dos bens que não consistam em direitos reais. O limite único à desapropriação é a imperdibilidade.<sup>432</sup>

Não significa dizer que PONTES DE MIRANDA partisse da perspectiva da propriedade direito subjetivo. Muito ao contrário. O autor, com fundamento na literatura alemã, afirmava vigorosamente que a propriedade é um instituto jurídico, e que a garantia constitucional da propriedade é uma garantia institucional.

Assim, ele distinguia a propriedade e a liberdade pessoal. Enquanto a propriedade era considerada uma instituição (acrescente-se, um dado criado pela vontade do ser humano), a liberdade era considerada um “direito fundamental supra-estatal” (interpreta-se: que prescindia

<sup>429</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**, 4. ed., v. III. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, p. 97-98.

<sup>430</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 250.

<sup>431</sup> A candidata teve acesso somente aos comentários à Constituição de 1967, mas ao que tudo indica o texto é equivalente àquele dos comentários de PONTES DE MIRANDA à Constituição de 1946. É o que pode ser extraído das citações da obra de CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Pontes de Miranda e a Administração Pública: o pensamento ponteano no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 121 *et seq.*

<sup>432</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**, t. V (arts. 150, § 2º - 156). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 364.

da criação pela vontade humana). E isto, supõe-se, não porque ele considerasse a liberdade um dado metafísico anterior ao direito positivo (como seria caso se vinculasse à doutrina dos direitos naturais), mas porque identificava a existência da liberdade na realidade concreta e extrajurídica, a que o ordenamento vinha disciplinar.

Nesse âmbito, para PONTES DE MIRANDA, era indiferente tratar de direitos pessoais ou reais, e o conjunto de direitos reais deixava de ser necessário. “Basta que uma partícula de patrimonialidade exista para que o texto tenha de ser respeitado”.<sup>433</sup>

Sob outro ângulo, PONTES DE MIRANDA ressaltava desde logo que a garantia institucional da propriedade não consiste em garantia de *status quo*; não protege o direito de propriedade contra as emendas à Constituição; nem protege “contra emendas às leis vigentes, para lhes extinguir pressupostos, diminuir prazos de aquisição usucapional de propriedade e prescrição de pretensões ou preclusão de direitos.” Assim, “ao legislador só se impede de acabar, como tal e em geral, com o *instituto jurídico*, com o direito de propriedade;” e se impede “a mudança *subjéctiva* do direito, que o desloque do particular para o Estado”, a não ser pela via da desapropriação e nos termos da lei.<sup>434</sup>

As consequências desse entendimento são muito relevantes e serão retomadas ao final desta tese. Em suma, o entendimento leva necessariamente ao questionamento sobre qual é o objeto de tutela pelo ordenamento jurídico em uma dada situação em tese proprietária; sobre se nessa situação jurídica há atribuição de direito patrimonial a alguém pelo ordenamento; e, em última análise, sobre o que pode ser considerado direito de propriedade para o fim de aplicar a disciplina da desapropriação, em cada caso concreto.

Não obstante, PONTES DE MIRANDA reconhecia existirem duas espécies de desapropriação, uma em sentido estrito, outra em sentido amplo, e parecia contradizer o que afirmava sobre o direito de propriedade, mais adiante da obra.

Nesse sentido, desapropriação seria a retirada da propriedade com indenização integral, tal como ocorreria com a encampação; e desapropriação em sentido estrito, por “*necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social, e a justa e prévia indenização, elementos comuns a todas as desapropriações.*”<sup>435</sup> Mais ainda: desapropriação existiria mesmo

---

<sup>433</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**, t. V (arts. 150, § 2º - 156). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 367.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 367-368.

<sup>435</sup> *Ibid.*, p. 371-372.



que não houvesse aquisição do bem por alguém. Era o que se passaria com a reputada frequente “transdesapropriação”.<sup>436</sup> Nas palavras do autor, cuja relevância justifica citação quase integral:

Tornar extracomércio o que está no patrimônio de outrem é desapropriar. O que veda a produção por alguma empresa, ou a restringe, desapropria. Também desapropria quem cerceia direito patrimonial, seja de origem privatística, seja de origem publicística. [...]

Para que as medidas interventivas no domínio econômico sejam possíveis, a Constituição de 1967 precisou os casos de desapropriação e de requisição. O sentido de desapropriação, no art. 150, § 22, 1ª parte, é larguíssimo. Desapropriar é retirar a titularidade de alguém. Propriedade, aí, é qualquer direito patrimonial, inclusive os direitos de crédito, e o próprio crédito na praça, ou o fundo de empresa. O que se pôs como princípio foi a incolumidade da esfera jurídica de cada um, no que concerne a patrimônio, a qualquer ingerência do Estado que não seja de acordo com os princípios constitucionais. [...]

a) Se a intervenção no domínio econômico se faz por meio de desapropriação *stricto sensu*, somente se têm de satisfazer as exigências constitucionais e legais, que são as de legitimação ativa, as de haver necessidade pública, ou utilidade pública, ou interesse social, sempre com *justa e prévia* indenização (Constituição de 1967, art. 150, § 22, 1ª parte).

b) Se a intervenção no domínio econômico vai contra pessoa física ou jurídica que explora alguma indústria (no mais vasto sentido), ou comércio ou atividade financeira, que dependa de *permissão*, ou *concessão*, ou outro ato *outorgativo*, a retirada de tal legitimação somente pode ocorrer, perante a Constituição, satisfeitos os requisitos do art. 150, § 22, 1ª parte, da Constituição de 1967, ou do art. 157, § 8º. Diz-se, então, que a entidade estatal *encampa*, porque na verdade chama a si o que ela mesma deixara para que a pessoa física ou jurídica explorasse. [...]

c) Se, por ocasião da extinção de alguma atividade concedida ou permitida, há prejuízo para alguma empresa, como se a fábrica, ou a exploração mineira, ou a companhia de seguros, ou alguma outra companhia tem de fechar, houve desapropriação, a *despeito da dissimulação*. Desapropriou-se o direito de explorar e talvez as instalações, as propriedades e as maquinarias não tenham outra aproveitabilidade, ou não possam ter aproveitabilidade que compense o investimento. Tudo isso, que se perde, há de ser indenizado.<sup>437</sup>

Desapropria-se o bem, corpóreo ou incorpóreo, ainda que a entidade desapropriante dele não se aproprie, ou não faça passar a outrem a atividade.

### 6.3.3 Os pontos comuns nas obras de Direito Administrativo

Não houve mudanças significativas com relação aos pontos mais fundamentais da desapropriação desde a sistematização iniciada com a Primeira República. Pode-se afirmar que

<sup>436</sup> SODRÉ se referia à “desapropriação tácita”. Cf. SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 92-93. Lembre-se que a edição consultada da obra de Sodré (1955) contempla tanto o período da Primeira República como o período ora em análise.

<sup>437</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**, t. V (arts. 150, § 2º - 156). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 379-381.

a teoria se consolidou no período ora em análise, inclusive como consequência da publicação do Decreto-Lei 3.365/1941.

A candidata tratou desses pontos fundamentais em duas oportunidades<sup>438</sup> e cita-os, a seguir. São observações fundadas na legislação e encontradas nos diversos autores do período, inclusive nos tratados e obras específicas, com poucas variações:

- (i) a desapropriação é causa de perda da propriedade do expropriado e transferência da propriedade para o expropriante, seja o poder público, sejam seus delegados; a esse ponto se acrescenta a transferência da propriedade para pessoas com condições de conferir utilidade social ao bem, nas hipóteses de desapropriação por interesse social, desenvolvidas no período;
- (ii) a desapropriação visa a destinar a propriedade a uma utilidade pública ou de interesse social que não coincida com a utilidade anteriormente atribuída ao bem expropriado;
- (iii) a desapropriação deve alcançar somente a parcela do bem indispensável à afetação a uma utilidade pública ou de interesse social, mas o expropriado tem o direito de pedir a desapropriação integral (direito de extensão);
- (iv) a desapropriação se perfaz com o pagamento de indenização que substitui a propriedade no patrimônio do expropriado, que é condição de validade da medida e que não se confunde com a indenização por responsabilidade civil;
- (v) pode haver, em caso de urgência, a imissão provisória do expropriante na posse do bem que será expropriado, mas isso não significa a transferência da propriedade, eis que não terá havido pagamento da indenização integral;
- (vi) a desapropriação não depende da concordância do proprietário original, mas nem por isso é autoexecutória; se houver discordância quanto ao valor da indenização, a desapropriação somente se perfaz por ato judicial, e a imissão provisória na posse depende de depósito do valor incontroverso;

---

<sup>438</sup> NIEBUHR, Karlin Olbertz. *Regimes da desapropriação: a crítica de Hely Lopes Meirelles*. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 700-718; *Instrumentos jurídicos e políticos da política urbana*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; e GREGO-SANTOS, Bruno (coord.). **Direito urbanístico: estudos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019; *Problemas práticos da desapropriação por concessionárias*. In: ISSA, Rafael Hamze; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; TAFUR, Diego Jacome Valois (org.). **Experiências Práticas em Concessões e PPP**, v. 2. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2019.

- (vii) a indenização deve contemplar o valor do bem, eventuais danos emergentes e lucros cessantes; nos casos de utilidade pública, deve ser prévia e paga em dinheiro; em outros casos, pode ser paga em títulos da dívida pública;
- (viii) a desapropriação pode ser promovida não somente pelo poder público, mas também por particulares que desempenham atividades públicas, quando houver previsão em lei ou em contrato;
- (ix) a utilidade pública ou o interesse social que motivam a desapropriação devem ser declarados pelo poder público;
- (x) todos os bens podem ser expropriados, inclusive os bens públicos;
- (xi) cabe a desapropriação das áreas (zonas) que se valorizarem extraordinariamente como consequência de obras públicas e das áreas (zonas) em que serão implantados planos urbanísticos; nestes casos, os bens expropriados podem ser revendidos a particulares;
- (xii) a desapropriação por interesse social tem por finalidade assegurar o cumprimento da função social da propriedade, tal como estabelecida em lei; essa função usualmente se traduz no aproveitamento da propriedade rural ou urbana para os fins a que se vocacionam; nestes casos, os bens expropriados podem ser destinados a particulares que se disponham a explorar a propriedade conforme sua função social;
- (xiii) a ausência de destinação da propriedade à utilidade pública ou de interesse social que fundamentaram a desapropriação, ou a outra utilidade pública ou de interesse social, dá lugar à sua retrocessão, que importa a preferência do expropriado para reaquisição do bem.

Essas notas fundamentais são especialmente aplicáveis à propriedade imóvel e, em alguma medida, à propriedade empresarial (a seguir se falará da desapropriação de ações), à propriedade industrial, aos direitos autorais. São bens a que se atribui com maior facilidade a designação jurídica de “propriedade” ou “patrimônio” sujeito a declaração de utilidade pública ou de interesse social.

Mas, se se propuser o conceito amplo de propriedade e seu respectivo conceito de desapropriação, como indicado acima, a orientação poderá (deverá) ser diversa. Caberá questionar a aplicação desses postulados a uma encampação de concessão ou à monopolização de uma atividade econômica, por exemplo.

Com efeito, nenhum autor do período alude a que a encampação deva ser precedida da declaração de utilidade pública dos direitos correspondentes, nos termos da legislação de

desapropriação; nem defende que a encampação não seja autoexecutória, na acepção de prescindir de intervenção judicial. Tampouco algum autor sustenta que a alteração legislativa que interdita ou monopoliza uma determinada atividade econômica não produz efeitos imediatos, ou que deve ser precedida de indenização.<sup>439</sup>

O questionamento será retomado adiante.

#### 6.3.4 Os pontos diferenciais

Na literatura do direito administrativo, no período em análise, houve também alguns posicionamentos diferenciados, sobre questões que tangenciam a desapropriação. Esses posicionamentos vêm relatados a seguir.

##### 6.3.4.1 *O pensamento de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI*

No seu Tratado de Direito Administrativo, Themístocles Brandão CAVALCANTI criticava a alusão à propriedade como uma “função social”, “como se ela existisse para a sociedade”. Contudo, essa crítica não significava o menosprezo da função social da propriedade. O autor apenas dizia preferir outra fórmula, que considerava o conceito de propriedade *em função* do interesse social ou do bem-estar social, a que se referia o art. 141, § 16, da Constituição de 1946 quando remetia ao art. 147, *caput*. Lá estava dito que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social, o que o autor interpretava como “à medida de sua aplicação para fins individuais”.<sup>440</sup>

Entende-se que se trata da mesma interpretação da presente tese, que não desconsidera que garantir a utilidade individual é uma exigência de utilidade social. E é esta mesma a interpretação que se atribui às lições de Léon Duguit, sempre referidas pelos autores, como será visto adiante.

CAVALCANTI também contribuía quando reconhecia que os limites do direito de propriedade são convencionais e imprecisos, dependendo da lei ordinária; e quando afirmava a necessidade de se verificar, “pelo estudo das condições peculiares” a cada caso concreto, “os

---

<sup>439</sup> Ao contrário, veja-se Eurico SODRÉ: “Certas limitações há, impostas à propriedade, que não redundam na transferência do domínio mas, não obstante, implicam numa verdadeira desapropriação silenciosa, não indenizada. [...] Nessas hipóteses não se processa uma desapropriação, porque nem há transferência da propriedade, nem pagamento de danos” (SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 92-93).

<sup>440</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**, v. III, 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, p. 44-45.

limites entre as restrições legítimas e que possam ser impostas, sem indenização, e aquelas que pressuponham indenização prévia”. Esses limites não se acham fixados, embora exista um ponto, admite o autor, “em que somente a desapropriação pode legitimar a restrição”.<sup>441</sup>

O pensamento tem a vantagem, antes referida a propósito das lições de PONTES DE MIRANDA, de impelir ao questionamento, em cada caso concreto, quanto ao direito objetivo, isto é: sobre se existe direito de propriedade a ser tutelado e sobre se o instituto da desapropriação é mecanismo adequado de tutela.

#### 6.3.4.2 *O pensamento de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO*

Na obra “Princípios gerais de Direito Administrativo”, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO não dedicou um tópico à desapropriação. Não obstante, na primeira parte da obra, em que apresentou lições aprofundadas de teoria do direito, o autor discorria sobre a aplicação da lei no tempo e o instituto do direito adquirido, ocasião em que fazia menção a uma questão que movimentou as discussões sobre a desapropriação no período do Império: o trabalho escravo.

O autor identificava duas grandes posições a respeito das questões de aplicação da lei no tempo: a subjetiva, ou da doutrina do direito adquirido; e a objetiva, ou da doutrina do fato realizado.

A teoria clássica do direito adquirido era aquela surgida, assim como a propriedade moderna, com os movimentos liberais do final do século XVIII e, em especial, com o Código de Napoleão. Visava à interpretação do texto do código sobre a irretroatividade das leis.

Segundo essa teoria, era direito adquirido “o que entrava no patrimônio do indivíduo, passando a fazer parte do seu domínio, e que não mais poderia ser retirado por quem dele o tinha havido.”<sup>442</sup> É precisamente esse o sentido de direito adquirido adotado pelos autores do Império, quando equiparavam direito adquirido e propriedade. Por outro lado, em contraposição ao direito adquirido, haveria duas outras situações: a da faculdade (possibilidade de adquirir direitos por ato voluntário, excetuada a situação de direito condicional, que constituía direito adquirido com eficácia suspensa) e a da expectativa de direito (expectativa de obter o direito pela ocorrência de fato a que a lei atribuísse esse efeito). E haveria uma

---

<sup>441</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**, v. III, 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, p. 44-45.

<sup>442</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, 2v. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 271.

diferenciação entre direitos que resultam de convenção, e que não podem ser atingidos pela nova lei, mesmo que não tenham produzido seus efeitos; e direitos que existem unicamente em decorrência da autoridade da lei que os estabeleceu, e que “conservam a sua existência apenas enquanto perdurar a lei, pois a sua força vem dela, e, destarte, em modificada a lei, eles, outrossim, sofrem essa modificação.”<sup>443</sup>

Dentre as críticas que BANDEIRA DE MELLO apresentava contra a teoria, a principal delas está em que não acoberta todos os problemas, porque o direito transitório não se restringe à irretroatividade da lei, mas também compreende o problema “da sobrevivência da lei antiga no futuro”. Os adeptos dessa teoria pretendiam abranger ambas as situações no conceito de direito adquirido, objetivando “antes salvaguardar a sobrevivência da lei antiga que impedir a retroatividade de lei nova”.<sup>444</sup>

Com efeito, no caso do trabalho escravo, a sobrevivência da lei antiga era assegurada pela garantia do direito adquirido; isso não significava a manutenção do regime de escravidão, mas significava a preservação do patrimônio dos “proprietários”, que somente poderia ser extinto com a correspondente garantia da desapropriação.

BANDEIRA DE MELLO relatava ainda as contribuições de Savigny para essa teoria, que distinguia entre as leis relativas às questões da aquisição e perda de direitos e as leis relativas à questão da existência de direitos, e sustentava que o princípio da garantia do direito adquirido se aplicava apenas às primeiras. Quanto às segundas, que tinham por objeto o reconhecimento de institutos jurídicos, antes da cogitação da sua aplicação aos indivíduos (os quais detinham apenas uma expectativa quando ao ser ou modo de ser do direito), não se aplicava a garantia do direito adquirido.<sup>445</sup>

A questão ressoava mais uma vez sobre o trabalho escravo e também sobre a propriedade. Não se cogita de direitos adquiridos em face de instituições extintas.<sup>446</sup>

BANDEIRA DE MELLO afirmava:

Destarte, a lei que abolir a escravidão, a propriedade privada, o divórcio e os privilégios da nobreza, que alterar o estatuto da vida conjugal, da situação dos filhos, são de imediata e integral aplicação, pois não há cogitar de direito adquirido. É a instituição que a lei cria, altera e extingue. Não se podem invocar direitos adquiridos, porque se trata de instituição sujeita às leis do

---

<sup>443</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, 2v. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 271.

<sup>444</sup> Ibid., p. 272-273.

<sup>445</sup> Ibid., p. 275-276.

<sup>446</sup> Ibid., p. 278.

desenvolvimento progressivo. A prudência no mudá-las ou aboli-las é regra de política e não de direito.<sup>447</sup>

Atente-se para esta última passagem. Significa dizer que a decisão de assegurar ou não uma indenização ao prejudicado pela nova legislação é política, e não jurídica; não se extrai diretamente (isto é, sem a mediação de um ato de vontade política) da garantia do direito adquirido, da propriedade ou da desapropriação. BANDEIRA DE MELLO prosseguia, citando Savigny:

Nada impede, entretanto, ajunta SAVIGNY, que por equidade se dê indenização aos lesados no seu patrimônio com a abolição ou extinção de instituto jurídico, compondo os danos daqueles que sofrem as consequências das leis do progresso, através da fixação do *quantum* a ser pago pelo Estado-poder. Igualmente, pondera, se deve impedir o enriquecimento sem causa de uns em detrimento de outros, quando da modificação dos modos de ser dos institutos jurídicos.

Trata-se, todavia, de providência política, e não jurídica, de garantia dos direitos adquiridos.<sup>448</sup>

BANDEIRA DE MELLO ainda passava pelas teorias de Lassale e de Gabba, e pela teoria da situação jurídica de Léon Duguit, para chegar à doutrina do fato realizado, dos pandectistas, reputada objetiva (porque pertinente à observação de um fato passado enquanto objeto, e não à observação do direito objetivo). Segundo essa teoria, devia-se perquirir se um fato se realizou no passado, sob o império de outra lei, de modo que não pudesse ser alcançado retroativamente pela lei nova. Rejeitava-se, assim, cogitar de direito adquirido.<sup>449</sup>

Ao final, BANDEIRA DE MELLO concluía que todas as teorias eram insuficientes e deveriam ser complementadas entre si, inclusive porque o problema não se resolvia simplesmente a partir das perspectivas subjetiva e objetiva. E pontificava:

A lei nova não pode ser retroativa, e tal ocorre quando desconhece fato realizado no passado, isto é, fato consumado, e ato jurídico perfeito. Portanto, ela só tem aplicação imediata e cumpre ter sempre essa aplicação, salvo quando ofende direito adquirido, que deve ser respeitado, ou, melhor, situação jurídica definitivamente constituída, situação subjetiva, individualmente criada. Como tal, reconhece-se o acordo de vontades, de caráter contratual, de livre criação das partes que se vinculam. Constitui situação jurídica, que acarreta, então, a sobrevivência da lei antiga no futuro.<sup>450</sup>

---

<sup>447</sup> Ibid., p. 276.

<sup>448</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, 2v. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 276.

<sup>449</sup> Ibid., p. 286.

<sup>450</sup> Ibid., p. 294.

## 6.4 OS TEMAS ESPECÍFICOS

Três temas se destacam entre os autores do período, derivados de questões enfrentadas na época: a aquisição de empresas, mediante a desapropriação de ações; o desapossamento por parte da Administração, que resultou na construção da tese da desapropriação indireta, fundada no art. 35 do Decreto-Lei 3.365/1941; e a destinação dos bens expropriados, tendo em vista as previsões de desapropriação para cumprimento da função social da propriedade e das desapropriações para reforma urbana.

### 6.4.1 Desapropriação de ações

A novel referência do art. 2º do Decreto-Lei 3.365/1941, a que todos os bens poderão ser desapropriados, e os movimentos de nacionalização de meios de produção, de serviços e a ampliação da intervenção do Estado no domínio econômico, consolidaram a tendência da desapropriação de ações de sociedades comerciais e de concessionárias, pela União e pelos Estados.<sup>451</sup>

Caio TÁCITO relatou alguns casos de desapropriação de ações, examinados pelos tribunais, para evidenciar a experiência brasileira a esse respeito.

Como primeiro caso, tratou da desapropriação do Banco Hipotecário e Agrícola de Minas Gerais, objeto do Decreto-lei 6.953/1944, que declarou o Banco e as suas ações “de utilidade pública para os efeitos do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941”, e autorizou o governo daquele Estado a desapropriá-las, adotando como critério para indenização o valor do ativo líquido do último balanço, dividido pelo número de ações em circulação.<sup>452</sup> Segundo TÁCITO, a utilidade pública implícita à desapropriação estaria em restabelecer a finalidade de fomento agrícola do banco. e o critério para indenização consistiu no valor do ativo líquido do último balanço.<sup>453</sup> Lembre-se que, na ocasião, vigorava o Decreto 1.283/1939, que dispôs ser meramente exemplificativa a enumeração legal dos casos de utilidade e necessidade pública (cf. supra).

---

<sup>451</sup> TÁCITO, Caio. *Desapropriação de ações no direito brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**, n. 126, p. 1-20, out./dez. 1976, p. 2-3.

<sup>452</sup> BRASIL. **Decreto-lei 6.953, de 12 de outubro de 1944**. Autoriza o Govêrno do Estado de Minas Gerais a desapropriar as ações do Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais S. A. e dá outras providências. Disponível em: <https://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:federal:decreto.lei:1944-10-12:6953&url=http%3A%2F%2Flegis.senado.leg.br%2Fnorma%2F532053%2Fpublicacao%2F36477496&exec>. Acesso em: 24 maio 2022.

<sup>453</sup> *Ibid.*, p. 6-9.



Outro caso foi o da Companhia Paulista de Estrada de Ferro, objeto do Decreto Estadual paulista 38.548/1961.<sup>454</sup> Segundo relata TÁCITO, o Estado de São Paulo visava à desapropriação da companhia como subterfúgio à encampação da concessão. É que a empresa possuía “valioso patrimônio imobiliário, integrante de seu ativo disponível, que não reverteria ao Estado se ocorresse a encampação do serviço”.<sup>455</sup>

No mesmo dia da declaração de utilidade pública o Estado obteve a imissão provisória na posse das ações e foi eleita uma nova diretoria. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, que declarou constitucional a desapropriação, com fundamento no voto do então Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti (cf. supra), para quem estaria inserido “no poder discricionário da administração optar entre a encampação do serviço (a importar na reversão somente dos bens vinculados) ou a desapropriação das ações, alcançando, por via indireta, todo o patrimônio da sociedade.”<sup>456</sup> Em sentido diverso, indagando sobre se seria “lícito à Administração, que pretenda chamar a si determinado serviço por ela concedido, escolher, indiferentemente, entre estas três vias: a) encampar o serviço; b) desapropriar os bens investidos; c) desapropriar as ações ou as quotas de capital do concessionário”, REALE concluiu: “as relações entre o Poder concedente e o concessionário devem pautar-se segundo as normas objetivas, valendo o contrato como limite legítimo do poder discricionário do Estado” de modo que a desapropriação em questão constituiria abuso e desvio de poder.”<sup>457</sup>

Cite-se ainda o caso da desapropriação das ações do Consórcio Construtor Rio-Niterói S.A., e dos bens, equipamentos e materiais aplicados na construção da ponte Rio-Niterói (há outros casos que foram referidos por TÁCITO). “A medida visava superar a crise na execução da obra pública que, mediante licitação, fora atribuída àquele consórcio”, relatava TÁCITO, com a transformação do consórcio em empresa pública e, portanto, a finalidade de mudança de empresário. A peculiaridade do caso residiu na discussão sobre a transferência “de um acervo dinâmico e produtivo”, isto é, de uma “empresa em marcha”, circunstância que deveria implicar maior valor de indenização para contemplar bens intangíveis, como a clientela.<sup>458</sup>

---

<sup>454</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto Estadual 38.548/1961**. Dispõe sobre a desapropriação de ações da Companhia Paulista de Estradas de Ferro. Disponível em: <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=19610602&Caderno=Poder%20Executivo&NumeroPagina=1>. Acesso em: 24 maio 2022.

<sup>455</sup> TÁCITO, Caio. *Desapropriação de ações no direito brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**, n. 126, p. 1-20, out./dez. 1976, p. 9.

<sup>456</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>457</sup> REALE, Miguel. *Desapropriação de ações de empresa concessionária de serviço público*. In: REALE, Miguel. **Direito administrativo (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 322-323.

<sup>458</sup> TÁCITO, Caio. *Op. Cit.*, p. 14-15.

O ponto da indenização foi, de fato, considerado o ponto nuclear das desapropriações de ações por Caio TÁCITO. Os exemplos se encaminhavam para a aplicação analógica da disciplina do direito de recesso do sócio dissidente nas sociedades anônimas (critério contábil do rateio do ativo líquido do último balanço), mas os tribunais passavam a considerar outros elementos a serem indenizados, tais como os bens intangíveis.<sup>459</sup> Com efeito, PONTES DE MIRANDA já havia considerado, nas hipóteses de desapropriação de ações, a indenização pelo “fundo de empresa” (cf. citação supra).

Restava ainda a questão da desapropriação parcial das ações, que resultava em sócios remanescentes e na constituição de uma sociedade de economia mista; neste caso, discutiu-se sobre se a desapropriação deveria ser autorizada por lei, eis que a constituição da sociedade de economia mista se faz por autorização legal. A discussão propiciou a inclusão, na Lei 6.404/1976 (a Lei das Sociedades Anônimas), do art. 236, parágrafo único:

Art. 236. A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa.

Parágrafo único. Sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de 60 (sessenta) dias da publicação da primeira ata da assembléia-geral realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações; salvo se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionária de serviço público.<sup>460</sup>

#### 6.4.2 Desapropriação indireta

Há quem se refira à desapropriação indireta como construção jurisprudencial brasileira. Contudo, suas origens francesas são trazidas pela literatura do período ora em análise. SODRÉ, por exemplo, aludia à “desapropriação de fato” e ao “desapossamento administrativo” da doutrina francesa para explicar que se tratava de “uma situação extralegal, que se produz quando, independentemente de uma desapropriação regular, o proprietário se vê despojado de sua propriedade em consequência da execução de um serviço público”, que fica obrigado a suportar.<sup>461</sup>

No Brasil, a figura é creditada ao art. 35 do Decreto-lei 3.365/1941, que prevê:

<sup>459</sup> TÁCITO, Caio. *Desapropriação de ações no direito brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**, n. 126, p. 1-20, out./dez. 1976, p. 19.

<sup>460</sup> BRASIL. **Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em: 13 abri. 2022.

<sup>461</sup> SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 93.

Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.<sup>462</sup>

A partir desse dispositivo, passou-se a entender que, mesmo diante da invalidação de um procedimento de desapropriação, e mesmo diante do desapossamento administrativo, isto é, do esbulho praticado pela Administração, sem invocação à desapropriação, não caberia o retorno do bem ao proprietário original quando já tivesse havido a sua incorporação ao domínio público, e a questão se resolveria em perdas e danos. O motivo consistiria no princípio da intangibilidade dos serviços públicos: “não podendo nenhum Tribunal condenar o Poder Público a destruir certas obras feitas, segue-se, como consequência, que o proprietário fica obrigado a aceitar a situação de fato e a receber a indenização, que for arbitrada.”<sup>463</sup> Assim, só seria o caso de aplicar a tese da desapropriação indireta quando o desapossamento viesse acompanhado do uso da propriedade para um serviço público ou obra pública; se isso ainda não tivesse ocorrido, caberia cogitar do retorno do bem ao seu proprietário.

Alguns autores não admitem a tese da desapropriação indireta. Tratam-na como ato ilícito inadmissível, e como insuficiente a previsão legal da indenização por perdas e danos. Mas haverá situações cujas nuances não serão facilmente enquadráveis em ato ilícito. Um exemplo consiste na reforma de sentença judicial que resulta em anulação da desapropriação. Se houve imissão provisória na posse, e aproveitamento do bem para uma obra pública, torna-se muito difícil sustentar que caberia ao proprietário original recuperá-lo.<sup>464</sup>

É por isso que a literatura do período em análise acrescentava:

Por via de regra o desapossamento administrativo raramente deverá ocorrer pois se presume no Poder Público um alto respeito pelos direitos alheios e espírito de continência ante a prática de atos violentos ou tirânicos. Por isso, o apossamento administrativo somente se justificará quando praticado sem dolo, ainda que com culpa.<sup>465</sup>

---

<sup>462</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

<sup>463</sup> SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 95, citando Colombet.

<sup>464</sup> “Rescindida a sentença na ação expropriatória (como, por exemplo, se proferida por juiz incompetente RATIONE MATERIAE), ainda que já tenha decorrido o prazo da caducidade do decreto de expropriação e, portanto, se devessem considerar cancelados os seus efeitos, tudo sucede como se o decreto expropriatório permanecesse de pé. Não se faz preciso que a Administração pratique um outro ato para validá-lo. O bem expropriado permanece em seu poder só se discutindo as reparações a que tenha direito o ex-proprietário. Não se instaura nova ação desapropriatória.” SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, p. 421.

<sup>465</sup> SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 94.

No mesmo sentido, dizia-se que a desapropriação indireta “resulta do apossamento ou apoderamento da propriedade cometida por erro no decorrer de uma operação de trabalhos públicos”.<sup>466</sup>

### 6.4.3 Destinação dos bens expropriados

Um último tema que ganhou maior atenção da literatura do período consistiu na destinação dos bens expropriados. Não eram infrequentes as manifestações dos autores no sentido do descabimento de destinar um bem expropriado à administração ou propriedade de particulares, mesmo diante da utilidade pública ou interesse social da providência.

A questão era especialmente relevante em vista da desapropriação por interesse social, que pressupõe a destinação do bem expropriado a pessoa que tenha condições de conferir utilidade social ao bem, ainda que se trate de pessoa privada; e em vista das desapropriações por zona e urbanística, previstas nos art. 4º e art. 5º, alínea “i”, do Decreto-lei 3.365/1941,<sup>467</sup> e art. 44 da Lei 6.766/1979, em que igualmente se destina o bem expropriado a particulares.<sup>468</sup> Cabe indicar os pontos característicos dessas espécies de desapropriação.<sup>469</sup>

A desapropriação por interesse social visa à justa distribuição da propriedade e ao seu adequado aproveitamento. Lembre-se que, no período em análise, foram publicadas a Lei

---

<sup>466</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado geral da desapropriação**, v. 1, p. 32, citando Mestre.

<sup>467</sup> “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. Parágrafo único. Quando a desapropriação destinar-se à execução de planos de urbanização, de renovação urbana ou de parcelamento ou reparcelamento do solo, a receita decorrente da revenda ou da exploração imobiliária dos imóveis produzidos poderá compor a remuneração do agente executor. Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública: [...] i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais”. BRASIL. **Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

<sup>468</sup> “Art. 44. O Município, o Distrito Federal e o Estado poderão expropriar áreas urbanas ou de expansão urbana para loteamento, demolição, reconstrução e incorporação, ressalvada a preferência dos expropriados para a aquisição de novas unidades.” BRASIL. **Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16766.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

<sup>469</sup> A candidata tratou do tema em NIEBUHR, Karlin Olbertz. *Regimes da desapropriação: a crítica de Hely Lopes Meirelles*. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 710-713.

4.132/1962, que trata do regime ordinário da desapropriação por interesse social, e a Lei 4.504/1964 (o Estatuto da Terra), que trata da desapropriação para reforma agrária.<sup>470</sup>

A desapropriação por zona é aquela que não incide sobre um bem individualmente considerado, mas sobre uma área delimitada. A utilidade pública da área consiste na sua necessidade para estabelecer, dar continuidade ou expandir obra ou serviço público; mas também pode estar na recuperação da mais-valia produzida pelos investimentos do poder público, e mesmo na sua recuperação para financiamento das obras e serviços, o que pressupõe a revenda dos lotes.

Já a desapropriação urbanística também incide sobre uma área delimitada, mas a utilidade pública, neste caso, consiste na realização de um plano urbanístico. Uma vez realizado o plano, compete ao poder público revender as áreas, eis que, em tese, não existirá razão para manutenção no domínio público de bens que não estarão afetados ao serviço público.

Sobre a destinação dos bens objeto dessas espécies de desapropriação, acima já se fez referência ao posicionamento de MAXIMILIANO, para quem não cabia a desapropriação que beneficiasse particulares, mesmo diante da previsão explícita do Decreto-lei 3.365/1941 da desapropriação para revenda (art. 4º). O autor também dizia não caber a desapropriação por zona para “embelezar e vender”, mas sim para povoar, estabelecer colônia, sanear terreno etc.,<sup>471</sup> embora o Decreto-lei 3.365/1941 igualmente previsse como caso de utilidade pública a melhor utilização estética da área e a execução de planos de urbanização (art. 5º, alínea “i”).

Outro autor com esse posicionamento foi MENDES DA COSTA FILHO, que sustentava:

O Estado não desapropria em benefício de indivíduos, classes, ou sociedades privadas, pois, se o fizesse, estaria apenas transferindo o bem expropriado do domínio de um particular para o de outro.

Uma vez efetuada a expropriação, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, o uso e gozo do bem sobre que ela recair passarão ao Poder Público, que lhe dará o destino indicado, no ato que declarou a utilidade pública.

Diante desse princípio, indaga-se: pode a autoridade competente efetuar a desapropriação de terrenos em que são situadas favelas, transferindo aos favelados os direitos do expropriado?

Posta a questão nestes simples termos, a resposta negativa se impõe.<sup>472</sup>

---

<sup>470</sup> BRASIL. **Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962**. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4132.htm). Acesso em: 24 maio 2022; BRASIL. **Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm). Acesso em: 24 maio 2022.

<sup>471</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**, 4. ed., v. III. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, p. 112.

<sup>472</sup> MENDES DA COSTA FILHO, João. **Propriedade-Desapropriação-Inquilinato: o “bem estar social” da Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1953, p. 143.

SODRÉ, por sua vez, creditava a desapropriação por interesse social ao “pleno transe de semostração demagógica [...] num país como o nosso de rarefação demográfica e, em consequência, de extensas zonas devolutas e até desconhecidas dos civilizados.”<sup>473</sup>

De uma forma ou de outra, o tema seguiu em discussão no período ora examinado, e resultou, décadas depois (já à beira da promulgação da Constituição de 1988), na publicação da obra homônima de Odete MEDAUAR, “Destinação dos bens expropriados”,<sup>474</sup> que contesta esses posicionamentos (Carlos MAXIMILIANO é expressamente referido pela autora) e identifica-os como datados. Diz a autora:

Evidentemente as citadas explanações refletem a concepção de uma época, a respeito do instituto expropriatório. Mas já se encontra nos primórdios deste século, em Sabbatini, crítica à afirmação de que o bem expropriado passa para o domínio público. E em 1928, Gendin, embora mencione que a propriedade privada sofre, pela desapropriação, transformação jurídica pela especial natureza jurídica, convertendo-se, regra geral, em domínio público, aventa a possibilidade de que particulares administrem os bens expropriados.<sup>475</sup>

MEDAUAR conclui que “a concepção antiga de desapropriar imóvel somente por necessidade pública para realização de obras ou serviços públicos, tornando-o bem do domínio público, hoje não mais prevalece”.<sup>476</sup> Com efeito, superou-se o entendimento de que somente o poder público seria capaz de desempenhar tarefas de utilidade social.

Essa conclusão é propícia para introduzir o próximo período, da vigência da Constituição de 1988, quando a colaboração de particulares no desempenho de tarefas públicas e de utilidade social, não necessariamente sob “regime de direito público” (concessão e permissão), passa a ser francamente admitida.

---

<sup>473</sup> SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 38.

<sup>474</sup> Embora a obra seja enquadrável no período de 1930 a 1988 (é de 1986), o mesmo não se passa com o pensamento da autora, que é responsável pela importante reflexão, depois de 1988, quanto à perspectiva evolutiva do Direito Administrativo e às transformações pelas quais passou a disciplina, e pela introdução de temas inovadores na literatura jurídica brasileira, tais como a processualidade no Direito Administrativo. Cf. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**, com sucessivas edições e complementos à luz das transformações mais recentes; e **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>475</sup> Idem, **Destinação dos bens expropriados**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986, p. 86.

<sup>476</sup> Ibid., p. 127.

## 7 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CONTEMPORANEIDADE

É o momento de examinar a literatura jurídica produzida na vigência da Constituição Federal de 1988. Não se trata de literatura homogênea; muitas variações podem ser identificadas, notadamente a partir do final da década de 1990, quando reformas constitucionais e legislativas foram realizadas e se observou uma reformulação da cultura jurídica no Brasil, no sentido da valorização da dignidade da pessoa humana, posicionada como centro de irradiação do sistema jurídico. A literatura também procurou superar o tom autoritário das décadas anteriores e se espelhou em novas doutrinas, trazendo ao Brasil influências norte-americanas e alemãs.

Em matéria de propriedade, observa-se a influência de um movimento claro no sentido do que se chamou de “repersonalização” ou “constitucionalização” do Direito Civil. Em matéria de desapropriação, velhas questões foram retomadas e também se postulou uma revisitação da antiga legislação à luz da Constituição.

### 7.1 A CONSTITUIÇÃO E A LEGISLAÇÃO

A nova ordem constitucional, inaugurada com a Constituição de 1988, não é resultado de uma ruptura abrupta, mas de um longo processo evolutivo, que a literatura jurídica identifica ter se iniciado no final dos anos 1970. É a observação de MENEZES DE ALMEIDA, autor que propõe a periodização adotada nesta tese.<sup>477</sup>

Muitos trabalhos examinam a Constituição de 1988 e sugerem suas virtudes e problemas. Não é o caso de tratar dessas questões nesta oportunidade. O fundamental é considerar que os mandamentos constitucionais se espriam sobre todas as disciplinas jurídicas e sobre a legislação, que passam a ser vistas como constitucionalizadas, no sentido de orientadas ao cumprimento dos valores constitucionais, e não apenas na acepção de formalmente válidas. Esses valores estão centrados na dignidade da pessoa humana, na liberdade, no pluralismo, na igualdade e na solidariedade.

No tocante à propriedade e à desapropriação, a Constituição de 1988 repete as fórmulas até então utilizadas para dizer que “é garantido o direito de propriedade”; que “a

---

<sup>477</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 327-328.

propriedade atenderá a sua função social”; e que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV). As exceções quanto à anterioridade da indenização consistem na desapropriação por interesse social por descumprimento da função social da propriedade urbana e da propriedade rural, cuja indenização é paga por títulos da dívida pública e agrária (art. 182, § 4º, inc. III,<sup>478</sup> e art. 184, da Constituição<sup>479</sup>).

Por outro lado, uma novidade está em a Constituição apresentar um mínimo de determinação para o que constituiria a função social: no art. 182, § 2º, prevê que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”; e no art. 186, que “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei”, a determinados requisitos: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (incisos I a IV). E a Constituição ainda trata da propriedade privada e da função social da propriedade no art. 170, quando as posiciona como princípios da ordem econômica.<sup>480</sup>

A partir de 1988 também houve reformas legislativas substanciais. Em 2002, foi publicado o novo Código Civil, que a literatura jurídica interpretou, com o auxílio da

---

<sup>478</sup> “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: [...] III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 abr. 2022.

<sup>479</sup> “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 abr. 2022.

<sup>480</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade; [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 abr. 2022.



Constituição, como um diploma orientado a superar o individualismo e o formalismo que caracterizavam as codificações modernas. REALE, autor do projeto, chegou a afirmar:

Pode-se dizer que, hoje em dia, é por todos reconhecido o legado do socialismo no sentido de colocar-se o problema da propriedade em novos termos, a fim de alcançar-se necessário equilíbrio entre os interesses dos indivíduos e os da coletividade.

Ora, é irrecusável o caráter individualista do Código Civil de 1916, mas bem poucos cuidam de examinar e prevenir, na vida prática, os danos resultantes dessa constatação fundamental.<sup>481</sup>

Seguindo “os imperativos constitucionais relativos à ‘função social da propriedade’ e à justiça que deve presidir a ordem econômica”, REALE acrescentava que era inevitável estabelecer, no Código Civil de 2002, também o corolário da função social do contrato, como limitador da liberdade de contratar; que era imprescindível considerar que o uso nocivo da propriedade havia conduzido, no mundo inteiro, ao desastre ecológico, e que isso deveria ser uma preocupação do Código Civil; e que já era hora de reconhecer o problema da posse-trabalho, superando a posse formalista da tradição romanista, que não distinguia a posse simples ou improdutiva da posse acompanhada de obras e serviços, com atenção aos valores do trabalho.<sup>482</sup>

Não obstante, o art. 1.228, *caput*, do Código Civil manteve a conceituação estrutural da propriedade, elaborada a partir dos seus poderes jurídicos. Aludiu às “faculdades” de usar, gozar e dispor da coisa, e ao “direito” de reavê-la do poder de quem a detenha ou possua injustamente.<sup>483</sup> As distintas expressões, “faculdades” e “direito”, são atribuídas pela literatura do direito civil à intenção da lei de diferenciar o núcleo interno do domínio, constituído pelo seu conteúdo econômico (uso, gozo e disposição), e o núcleo externo, propriamente jurídico, relativo ao direito de repelir a ingerência alheia.<sup>484</sup> A definição abstrata e potestativa da propriedade se confirma ainda pelo art. 1.196, que prevê: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”<sup>485</sup>

O § 1º do art. 1.228, por sua vez, consistiu em verdadeira revolução das previsões até então vigentes do Código Civil de 1916. Em consonância com a Constituição, previu o

<sup>481</sup> REALE, Miguel. **O projeto do Novo Código Civil**. 2. ed. reform. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30.

<sup>482</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>483</sup> “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 maio 2021.

<sup>484</sup> TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 89.

<sup>485</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 maio 2021.

conteúdo funcional da propriedade, quando estabeleceu que “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”, de modo a preservar, “de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico”, bem como a evitar “a poluição do ar e das águas.” E o § 2º manteve a vedação ao abuso de direito, dizendo serem “defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”<sup>486</sup>

A desapropriação por utilidade pública ou interesse social veio prevista no § 3º, junto da requisição administrativa: “O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”. E os §§ 4º e 5º trataram do que se convencionou chamar de “desapropriação por posse-trabalho”, na linha da preocupação acima referida de REALE, tema ao qual se voltará a seguir.<sup>487</sup>

Além do Código Civil de 2002, também é de se destacar, no período pós-Constituição de 1988, a publicação do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), que no art. 8º regulamentou a previsão do art. 182 da Constituição, a respeito da desapropriação por interesse social por descumprimento da função social da propriedade urbana.<sup>488</sup> Permaneceram ainda vigentes, mas com alterações, o Decreto-lei 3.365/1941 e a Lei 4.132/1962, esta última

---

<sup>486</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 maio 2021.

<sup>487</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 maio 2021.

<sup>488</sup> “Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública. § 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano. § 2º O valor real da indenização: I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei; II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios. § 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos. § 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público. § 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório. § 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.” BRASIL. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm). Acesso em: 10 jun. 2021.

acompanhada da disciplina da Lei Complementar 76/1993<sup>489</sup> e da Lei 8.629/1993,<sup>490</sup> que tratam de procedimentos e critérios para a desapropriação para reforma agrária.

Uma relevante e efêmera alteração do Decreto-lei 3.365/1941 foi produzida pela Medida Provisória 700, de 08 de dezembro de 2015,<sup>491</sup> que passara a prever a prática de atos expropriatórios por particulares contratados que, em tese, não eram delegatários de tarefas públicas; que incluía no rol dos direitos reais do art. 1.225 do Código Civil os direitos da imissão provisória na posse; que estabeleceria medidas compensatórias para a desapropriação quando atingisse assentamentos sujeitos a regularização fundiária; entre outras previsões. Contudo, a medida não foi convertida em lei.

Em 2021, pela Lei 14.273, a redação do art. 3º foi alterada. Originalmente, previa a promoção de desapropriação por concessionários, estabelecimentos públicos e delegados do poder público; com a redação da Medida Provisória 1.065/2021, houve alargamento da especificação dos legitimados ativos para a desapropriação, com inclusão das concessionárias em concessões patrocinadas e administrativas (Lei 11.079/2004), das permissionárias, de “entidades públicas” e “entidades que exerçam funções delegadas do poder público”, e de autorizatárias de serviços de transporte aéreo, ferroviário e aquaviário. A Medida Provisória perdeu a vigência, mas a referida Lei 14.273/2021 revigorou boa parte dessas previsões, excluindo apenas a legitimação de permissionárias e de autorizatárias de transporte aquaviário e aéreo, mantidas as “autorizatárias para a exploração de ferrovias como atividade econômica” (art. 3º, incisos I, II, III e IV).<sup>492</sup>

Já a redação do art. 4º do Decreto-lei 3.365, que trata da desapropriação por zona, passou por diversas alterações, sempre para especificar o cabimento da revenda e de os valores a ela correspondente servirem para remunerar o agente executor do plano de urbanização (cf. Lei 12.873/2013; Medida Provisória 700/2015; Medida Provisória 1.065/2021; e Lei 14.273/2021).<sup>493</sup>

---

<sup>489</sup> BRASIL. **Lei Complementar 76, de 6 de julho de 1993**. Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp76.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp76.htm). Acesso em: 20 jun. 2022.

<sup>490</sup> BRASIL. **Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18629.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.629%2C%20DE%2025%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201993.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20dos,Art..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18629.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.629%2C%20DE%2025%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201993.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20dos,Art..) Acesso em: 20 jun. 2022.

<sup>491</sup> BRASIL. **Medida Provisória 700**, de 8 de dezembro de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/mpv/mpv700.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/mpv/mpv700.htm). Acesso em: 20 jun. 2022.

<sup>492</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

<sup>493</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

Uma última grande alteração consistiu na inclusão dos arts. 10-A e 10-B no Decreto-lei 3.365/1941, pela Lei 13.867/2019. O art. 10-A passa a exigir a notificação do proprietário, para que tenha ciência da intenção de desapropriação, da declaração de utilidade pública do bem e da planta ou descrição do bem com suas confrontações, com apresentação de oferta de indenização e prazo para aceite ou rejeição. O proprietário poderá aceitar a oferta, hipótese em que se firmará acordo; poderá rejeitar a oferta e aguardar ação de desapropriação; e poderá, nos termos do art. 10-B, manifestar sua opção por instaurar procedimento de mediação ou arbitragem.<sup>494</sup>

## 7.2 A LITERATURA JURÍDICA

Para o período em questão, além das obras de Direito Administrativo, foram analisadas obras de Direito Civil. A percepção da necessidade de análise decorreu dos estudos realizados para elaboração do capítulo inicial, que conduziram a reflexões quanto ao modelo da propriedade moderna, formuladas por historiadores do Direito, mas também por civilistas contemporâneos. Essas reflexões não são referidas pelos estudiosos do Direito Administrativo.

### 7.2.1 As reflexões do Direito Civil

A reformulação da dogmática do Direito Civil ganhou força com a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. As críticas às codificações modernas se tornaram frequentes. Os autores perceberam a insuficiência dos modelos individualistas, abstratos e formais da tríade “propriedade, contrato e família”, para dar conta da realidade contemporânea, tal como fora referido por meio da obra de Miguel REALE (cf. supra).

---

<sup>494</sup> “Art. 10-A. O poder público deverá notificar o proprietário e apresentar-lhe oferta de indenização. § 1º A notificação de que trata o caput deste artigo conterà: I - cópia do ato de declaração de utilidade pública; II - planta ou descrição dos bens e suas confrontações; III - valor da oferta; IV - informação de que o prazo para aceitar ou rejeitar a oferta é de 15 (quinze) dias e de que o silêncio será considerado rejeição; V - (VETADO). § 2º Aceita a oferta e realizado o pagamento, será lavrado acordo, o qual será título hábil para a transcrição no registro de imóveis. § 3º Rejeitada a oferta, ou transcorrido o prazo sem manifestação, o poder público procederá na forma dos arts. 11 e seguintes deste Decreto-Lei. Art. 10-B. Feita a opção pela mediação ou pela via arbitral, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação. § 1º A mediação seguirá as normas da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável. § 2º Poderá ser eleita câmara de mediação criada pelo poder público, nos termos do art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. § 3º (VETADO). § 4º A arbitragem seguirá as normas da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável. § 5º (VETADO).” BRASIL. **Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

Em matéria de propriedade, a literatura civilista rapidamente identificou a inadequação da formulação exclusiva do direito subjetivo abstrato, valendo-se sobretudo da literatura italiana. Passou a considerar a existência de propriedades, no plural, e não de uma propriedade absoluta, plena, exclusiva, perpétua etc.; mais do que isso, adotou a construção italiana segundo a qual a propriedade consiste em “relação jurídica” ou “situação jurídica subjetiva complexa”, e reconheceu a existência de diversos estatutos jurídicos proprietários.

Os autores contemporâneos pontuam que os diversos bens da vida têm mais diferenças do que semelhanças entre si:

As propriedades sobre um apartamento que serve de moradia à pessoa, uma extensa gleba rural, um terreno de grande porte na periferia de uma cidade, um lote de ações que levam ao controle de uma sociedade, quotas de fundos de investimento, têm entre si muito mais diferenças do que semelhanças.<sup>495</sup>

E observam que esse dado é reconhecido pelo ordenamento, que estabelece os diversos estatutos jurídicos proprietários. Postulam, por isso, que dogmaticamente não cabe mais tratar da propriedade unitária e abstrata, do modelo da propriedade moderna, com seu conceito baseado em poderes jurídicos igualmente abstratos e indivisíveis *a priori*, ou com seus caracteres de plenitude, exclusividade, perpetuidade, oponibilidade *erga omnes* etc.

Para usar o exemplo de CORTIANO JÚNIOR, um cacho de bananas e uma fazenda que pertencem a alguém constituem, na construção abstrata da propriedade moderna (direito subjetivo), “propriedade”, sem nenhuma diferença, saltando aos olhos a inadequação jurídica da concepção.<sup>496</sup>

Com efeito, as eventuais diferenças, partindo do pensamento tradicional, são dirigidas à mobilidade do bem, resquício da circunstância de o modelo da propriedade moderna encontrar seu substrato na propriedade da terra.

LOUREIRO complementa:

[...] definir a propriedade de modo analítico significa adotar uma teoria falsamente generalizante, com o risco de se encontrar novas situações jurídicas – não-proprietárias – cujas prerrogativas sejam análogas às do proprietário. A identidade de conteúdo, apesar da diversidade estrutural, poderia levar o intérprete a definir todas essas novas situações como propriedade, inclusive com as garantias constitucionais conferidas a tal instituto.<sup>497</sup>

---

<sup>495</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

<sup>496</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas (uma análise do ensino do direito de propriedade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*.

<sup>497</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. Cit. p. 38.

Outro exemplo de muita atualidade é trazido por LOUREIRO. O autor lembra que, “quando se fala em bens como utilidades passíveis de serem usadas e fruídas, não se pode deixar de lado as novas categorias de bens”, dentre os quais a informação. Eis a observação do autor:

Exemplo relevante é o da informação, que tem utilidade social e é merecedora de tutela. Não só a informação como obra de engenho, ou original, protegida pela lei de direitos autorais, ou de propriedade industrial, mas também a informação/notícia, não patenteável. O controle de tais informações confere automaticamente uma posição de vantagem sobre quem delas não pode dispor, e constitui, mais, relevante ferramenta de influência nos sistemas econômico e político.<sup>498</sup>

Os autores contemporâneos sintetizam que o modelo da propriedade moderna ainda é (frequentemente) reproduzido pela literatura não porque conte com respaldo científico, mas porque tem respaldo ideológico. Sua elevada abstração, uma “total indefinição e imprecisão”, garante-lhe “a possibilidade de contínua e ilimitada permanência”, como discurso “que está sujeito a rupturas e, paradoxalmente, a não se romper”.<sup>499</sup>

A proposta dos autores é a de considerar a propriedade não um direito subjetivo, mas uma relação jurídica complexa ou uma situação jurídica subjetiva. Segundo TEPEDINO, as expressões dizem respeito a centros de interesses juridicamente protegidos, cujos titulares são os sujeitos de direito. Todas as relações jurídicas são formadas por situações jurídicas subjetivas, dentre as quais o direito subjetivo seria uma espécie importantíssima, associada às noções de interesse e titularidade, mas se prefere a expressão situação jurídica subjetiva para “se evitar o equívoco de se reduzir o tema à problemática dos direitos subjetivos, sublinhando-se, de outra parte, a inserção das situações subjetivas reais em relações jurídicas entre sujeitos, ou *intersubjetivas*.”<sup>500</sup>

Essa proposta é resultado da consideração de que existem diversas situações proprietárias, “cada qual com sua disciplina específica, identificadas de acordo com a destinação do bem (rural ou urbano), sua potencialidade econômica (produtiva ou improdutiva) ou sua titularidade (adquirente estrangeiro ou brasileiro)”, que não se subsomem a um único estatuto jurídico.<sup>501</sup> TEPEDINO explica:

---

<sup>498</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 71.

<sup>499</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas (uma análise do ensino do direito de propriedade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 111-112 e 121-122.

<sup>500</sup> TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 2.

<sup>501</sup> *Ibid.*, p. 95.

A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, reflete, na realidade, a superação da própria concepção tradicional de direito subjetivo, entendido como o poder reconhecido pelo ordenamento ao sujeito para realização de interesse próprio, finalizado em si mesmo. A atribuição de direito é acompanhada da imposição de deveres e obrigações, cuja observância se erige como condição de tutela daquele direito. Com efeito, a categoria de direito subjetivo é substituída pela de situação jurídica subjetiva complexa, composta de direitos e deveres, e por meio da qual se realizam os interesses individual e coletivo, de modo a concretizar, assim, a função da solidariedade constitucional. [...]

Cuida-se de tese que altera, radicalmente, o entendimento tradicional que identifica na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da “*massima signoria sulla cosa*” – formulação incompatível com a ideia de relação intersubjetiva.

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poderes tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até um certo ponto, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesse extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Por outras palavras, no panorama constitucional, a propriedade deixa de atender apenas aos interesses proprietários, convertendo-se em instrumento para a proteção da pessoa humana, de tal sorte que o exercício do domínio há de respeitar e promover situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ele atingidas. Consequentemente, os poderes concedidos ao proprietário só adquirem legitimidade na medida em que seu exercício concreto desempenha função merecedora de tutela. Daí decorre que, quando certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico.<sup>502</sup>

Abre-se aqui um ponto de discordância. Os autores afirmam que a função social da propriedade integra a estrutura do direito de propriedade; que não é um condicionante do exercício do direito, mas fundamento de legitimidade do próprio direito; que impõe ao proprietário considerar interesses “extraproprietários”, “existenciais” e “sociais”. Desse modo, descumprida a função social, não existiria o direito, ou a tutela ao direito. No plano da realidade, o direito desapareceria.

Esse ponto foi observado por MENEZES DE ALMEIDA quando examinou célebre lição de José Afonso da Silva, equivalente àquela proposta pelos autores civilistas. Na ocasião, explicando a origem da asserção da propriedade como função social, de Léon Duguit, MENEZES DE ALMEIDA esclareceu:

[...] análise como essa há que se situar no plano metajurídico da formulação do direito positivo (i.e., no momento em que o legislador, inspirado pela noção

---

<sup>502</sup> TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 99-100.

de função social, define na hipótese normativa a incidência da tutela jurídica para certas situações), e não no plano da aplicação do direito positivado.<sup>503</sup>

Dito de outro modo, e seguindo a explicação de MENEZES DE ALMEIDA, quando Duguit afirmava que a propriedade “é uma função social do detentor da riqueza” (tal como reproduzido por numerosos autores brasileiros), o que Duguit pretendia afirmar é que o legislador, partindo das considerações da realidade sobre o que a sociedade entende ser útil socialmente, estabelece as regras adotando (ao menos em tese) esse sentido de utilidade ou função social. Isto é, a regra é estabelecida porque se reconhece a sua utilidade ou função social, e isso se passa inclusive quanto à regra da garantia individual da propriedade privada, tal como reiteradamente indicado nesta tese.

Assim, adota-se “um sentido de função notado como positivo pela sociedade”, entendida “no plano abstrato, pelo qual a ciência pretende compreender o fenômeno do direito”. A formulação teórica se volta para o “momento no qual o ordenamento jurídico estabelece critérios para estender ou não a tutela jurídica (ou, na linguagem tradicional, reconhecer um direito subjetivo), no plano da hipótese normativa, às relações que envolvam propriedade.”<sup>504</sup>

A discordância, contudo, não prejudica a contundência da observação dos civilistas, no sentido de se reconhecer a existência de diversos estatutos proprietários.

Sob outro ângulo, embora os civilistas valorizem o ordenamento e os diversos estatutos, rejeitando a propriedade abstrata, esses mesmos civilistas, primando pela constitucionalização do Direito Civil, tratam da propriedade como direito fundamental, acentuando a sua dimensão subjetiva.

Nesse âmbito, o direito de propriedade é apresentado como um direito fundamental de primeira geração ou dimensão, com primazia na história, e que se reporta ao sujeito individual e à sua defesa perante a intervenção estatal.<sup>505</sup> A origem do direito de propriedade

---

<sup>503</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Tratamento constitucional da autonomia municipal e da função social da propriedade urbana – noções gerais*. **Cadernos Jurídicos (Escola Paulista da Magistratura)**, v. 46, p. 77-82, 2017. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/du%20i%205.pdf?d=636682907232710476>. Acesso em: 29 abr. 2020, p. 79.

<sup>504</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>505</sup> “Na primeira dimensão, figuram as liberdades públicas em seu sentido estrito, produto peculiar da concepção liberal do Séc. XVIII, em que se afirmam direitos e liberdades do indivíduo frente ao Estado, especificamente como direitos de defesa contra o Poder, demarcando-se, assim, uma zona de não intervenção do Estado nessa esfera individual, nesse âmbito dentro do qual o indivíduo exerce autonomia da vontade. [...] A segunda geração de direitos compreende a consagração dos direitos sociais (direitos econômicos, culturais e sociais, mais usualmente designados simplesmente de direitos sociais), tributários principalmente da noção da igualdade material [...]. A característica mais acentuada dos direitos sociais é a determinação da atitude do Estado com relação a eles. Os direitos sociais demandam do Estado uma ‘atuação positiva’. [...]. Os direitos de terceira geração, fundados na solidariedade e na fraternidade, que têm como nota característica o fato de se ‘desprenderem do homem indivíduo, como seu titular, destinando-se á proteção de grupos e coletividades (família, povo, nação), caracterizam-se,



continua sendo referida aos movimentos liberais dos séculos XVIII e XIX e à propriedade moderna, que vem renovada ao longo da história recente das constituições ocidentais.

Os autores também produzem esforços para demonstrar que os direitos fundamentais não apresentam, apenas, uma “dimensão subjetiva”, isto é, uma dimensão referível à pessoa, sujeito de direito, detentora de poderes jurídicos; mas que os direitos fundamentais também apresentam uma “dimensão objetiva”, relacionada ao direito posto e às suas funções para a comunidade social. Hoje já se fala até mesmo de uma terceira dimensão, chamada “procedimental” e que acentua a função dos direitos fundamentais no processo político-democrático.<sup>506</sup>

São muitas as expressões para tratar do tema. Além das referências às dimensões subjetiva e objetiva, fala-se em eficácia vertical dos direitos fundamentais, que se manifestaria perante o Estado, e eficácia horizontal, que se manifestaria entre indivíduos em sociedade; em “funções liberais” e “funções democrático-sociais” dos direitos fundamentais; e assim por diante.

Diga-se que o esforço dos autores tem uma importante razão de ser, qual seja, desenvolver o instrumental teórico necessário para organizar a discussão sobre as funções e a eficácia das normas de direitos fundamentais nas constituições contemporâneas, notadamente em virtude da perplexidade causada pela previsão, nas constituições, de normas de conteúdo indeterminado (princípios).

Não obstante, esse esforço parte da perspectiva subjetivista. Afinal, primeiro os autores afirmam a titularidade de um direito fundamental por alguém; depois constatam a existência de uma dimensão objetiva, pertinente ao ordenamento jurídico. Dito de outro modo, primeiro há o direito (subjetivo) de propriedade; depois é que se fala da sua função social, ou da sua dimensão objetiva. Nesse contexto, é inevitável tratar de um resgate do jusnaturalismo. Aliás, há autores que se posicionam explicitamente a favor do que chamaram de prevalência da

---

portanto, como direitos de titularidade coletiva ou difusa: direito à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente etc. Tendo como destinatário fundamental o próprio gênero humano, sua titularidade é coletiva, indeterminada e indefinida.” FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988*. In: BITTAR, Eduardo. C. B. e FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: EDIFIEO, 2006, p. 160-163.

<sup>506</sup> CANOTILHO identifica seis linhas teóricas sobre os direitos fundamentais, sendo três delas (a liberal, a social e a democrático-funcional) de perspectiva subjetivista. Há ainda a teoria da ordem de valores, a institucional e a socialista (marxista). Não cabe aqui aprofundar o assunto, para o que pode ser conferida a obra de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 506 *et seq.*

“dimensão subjetiva” sobre a “dimensão objetiva” dos direitos fundamentais, aludindo aos direitos subjetivos.<sup>507</sup>

### 7.2.2 As reflexões de Direito Administrativo

Passando-se às obras de Direito Administrativo, tem-se que, na vigência da Constituição de 1988, houve uma intensificação do embate entre tensões ideológicas outrora verificadas na literatura jurídica. Os autores, embora comunguem de uma visão finalístico-valorativa do Direito Administrativo, dividem-se entre aqueles que sustentam, como fundamento da matéria, a supremacia do interesse público (com um viés mais estatizante e, eventualmente, autoritário), e aqueles que sustentam a supremacia dos direitos fundamentais (com um viés mais liberal).<sup>508</sup>

Não obstante, pacificou-se no Direito Administrativo o entendimento segundo o qual a Administração detém determinados poderes jurídicos apenas porque a ela compete a realização de determinados deveres; quer dizer, se em algum momento foi possível identificar uma eventual lógica de meios, fundante do Direito Administrativo (um eixo teórico do poder), essa lógica foi definitivamente substituída pela lógica dos fins cogentes buscados pela Administração Pública (ora o interesse público, ora a garantia dos direitos fundamentais).

Com essa dualidade de visões, na vigência da Constituição de 1988, muitos novos manuais foram produzidos e outros foram atualizados. Faz-se referência, por exemplo, às obras do período anterior reeditadas por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO,<sup>509</sup> Hely Lopes

---

<sup>507</sup> SARLET, por exemplo, afirma “que este predomínio da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 161). CANOTILHO, em Portugal, aponta a existência de uma “presunção a favor da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais”, uma tese da “subjectivação dos direitos fundamentais” que considera que os direitos fundamentais são, “em primeira linha”, direitos individuais. Esclarece que daí resulta um corolário: “se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta protecção efectua-se sob a forma de direito subjectivo” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 536).

<sup>508</sup> O reconhecimento da “convergência na visão finalístico-valorativa” dos autores brasileiros, com a identificação de duas escolas de Direito Administrativo (a Escola do Interesse Público e a Escola dos Direitos Fundamentais) é uma proposição de MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, *passim*.

<sup>509</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. O autor publicara, em 1986, “Princípios fundamentais de direito administrativo”, que são o prenúncio do seu curso de Direito Administrativo. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

MEIRELLES<sup>510</sup> e Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO.<sup>511</sup> Entre os autores que lançaram seus cursos ao longo da década de 1990, encontram-se Maria Sylvia Zanella DI PIETRO,<sup>512</sup> Lúcia Valle FIGUEIREDO<sup>513</sup> e Odete MEDAUAR;<sup>514</sup> e entre os que os lançaram ao longo dos anos 2000 estão Marçal JUSTEN FILHO<sup>515</sup> e Alexandre SANTOS DE ARAGÃO.<sup>516</sup>

As observações do Direito Civil sobre as transformações do direito de propriedade não alcançaram as obras de Direito Administrativo, que em sua maioria ainda se referem ao modelo da propriedade moderna, com toda a sua abstração.

As noções gerais sobre desapropriação, por sua vez, foram incorporadas aos manuais e mantidas, traduzindo o pensamento identificado na literatura do período anterior, com algumas novas reflexões que serão apresentadas a seguir (daí a razão para escolha dos autores que serão referidos). Muitas obras específicas sobre desapropriação também foram lançadas, com viés mais operacional ou de comentários à legislação.<sup>517</sup> E um tratamento específico do tema também foi desenvolvido por Carlos Ari SUNDFELD, em seu “Direito administrativo ordenador”.<sup>518</sup>

### 7.2.2.1 *O pensamento de MARÇAL JUSTEN FILHO*

Duas contribuições de JUSTEN FILHO à teoria da desapropriação devem ser destacadas, decorrentes da consideração, pelo autor, da disciplina da Constituição de 1988.

---

<sup>510</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 14. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. A última edição original do autor é a de 1989, já atualizada conforme a Constituição.

<sup>511</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>512</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>513</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>514</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

<sup>515</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

<sup>516</sup> SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>517</sup> Por exemplo: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**. São Paulo: Saraiva, 1989; MADEIRA, José Maria Pinheiro. **A questão jurídico-social da propriedade e de sua perda pela desapropriação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. 3. ed. rev. e atual. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012; RIBEIRO DO VAL NETO, Pedro. **Desapropriação por entidade privada: consequências para a aquisição, execução, competência, registro e tributação**. São Paulo: Editora Pillares, 2012; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e prática da desapropriação**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015; e TAFUR, Diego Jacome Valois. **Desapropriação e reassentamento em projetos de concessão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Já uma obra de maior fôlego no exame da desapropriação como instituto jurídico é de CUSTODIO, Vinícius Monte. **Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Há também vasta produção de artigos jurídicos.

<sup>518</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997.

De um lado, o autor conclama à observância do devido processo legal administrativo de desapropriação, com fundamento no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição. Sustenta a necessidade de convocação do proprietário “para um processo administrativo norteado pelas garantias constitucionais, em que poderão ser discutidos todos os temas pertinentes – inclusive a validade do decreto expropriatório”.<sup>519</sup> Somente depois de assegurada a manifestação do proprietário é que competiria à Administração decidir, considerando todos os argumentos apresentados; e “se ficar evidenciada a nulidade ou a inconveniência do decreto expropriatório, a Administração Pública terá o dever de pronunciar a sua nulidade ou promover a sua revogação.” Do contrário, deverá passar à discussão sobre a dimensão da indenização.<sup>520</sup>

Entende-se que a posição garantista do autor é coerente com sua percepção do Direito Administrativo, que sustenta estar fundado na supremacia dos direitos fundamentais, entre eles o do devido processo legal. Trata-se de uma postura liberal e mais atenta ao direito positivo, oposta à de outros autores de postura estatizante, que interpretam o ordenamento conferindo menos garantias aos cidadãos, e invocando a maior eficácia da atuação estatal.<sup>521</sup>

Outra contribuição consiste no tratamento que JUSTEN FILHO confere ao Decreto-lei 3.365/1941, que entende dever ser interpretado conforme à Constituição e, por vezes, entende não ter sido recepcionado pela Constituição.

É o que o autor aponta com relação ao art. 35, fundamento da já referida desapropriação indireta. Para JUSTEN FILHO, a desapropriação indireta não passa de esbulho praticado pela Administração Pública, que deve ser duramente reprimido, eis que incompatível com a proteção conferida à pessoa, à propriedade e ao devido processo legal pela Constituição Federal.<sup>522</sup>

Também é o que o autor aponta com relação ao art. 2º, § 2º, que restringe a desapropriação de bens públicos conforme a abrangência do ente federativo. Segundo o autor, tendo a Constituição de 1988 estabelecido a igualdade entre os entes federativos, não caberia restringir a desapropriação à graduação estipulada pelo Decreto-lei, qual seja: à União caberia

---

<sup>519</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 571.

<sup>520</sup> *Ibid.*, p. 571.

<sup>521</sup> Ainda sobre o devido processo legal administrativo na desapropriação, cabe conferir os trabalhos inovadores de REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Desapropriação e devido processo legal*. **Interesse Público**, n. 61, p. 83-107, mai./jun. 2010; e *Desapropriações promovidas por particulares: entre as experimentações normativas e a prática*. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC**, v. 24, p. 41-61, mai./jun. 2016.

<sup>522</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 580-581.

desapropriar bens dos Estados, Municípios e Distrito Federal, e aos Estados caberia desapropriar bens dos Municípios.<sup>523</sup> Para JUSTEN FILHO, também caberia aos Municípios desapropriar bens dos Estados e da União, e aos Estados desapropriar bens da União.

### 7.2.2.2 *O pensamento de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO*

O Curso de Direito Administrativo de Alexandre SANTOS DE ARAGÃO apresenta outras peculiaridades. De um lado, o autor se preocupa com as chamadas “expropriações regulatórias”, tema ao qual se dará atenção em tópico adiante. De outro, o autor estabelece distinções para a doutrina da desapropriação indireta e se preocupa em considerar, além da desapropriação e das restrições diretamente impostas à propriedade, a existência de restrições à liberdade de contratar que interferem na exploração econômica propriedade. É o caso das licenças compulsórias, que o autor classifica como “contratos coativos”.

O autor inova a sistematização da matéria na literatura brasileira quando inclui as licenças compulsórias no capítulo “Da intervenção do Estado na propriedade”.<sup>524</sup> Alude a que a propriedade intelectual é protegida pela legislação, mas “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, tal como previsto no art. 5º, inc. XXIX, da Constituição. E remete à Lei de Propriedade Intelectual (Lei 9.279/1996), que nos artigos 68 a 74 disciplina o licenciamento compulsório de patentes.<sup>525</sup>

Lá está previsto que o titular da patente se sujeita ao seu licenciamento compulsório se exercer seus direitos de forma abusiva ou praticando abuso de poder econômico; se não explorar o objeto da patente (hipótese de desuso); se a comercialização do objeto não satisfizer às necessidades do mercado; e nos casos de emergência nacional ou internacional, ou de interesse público, ou em calamidade pública. Por razões humanitárias, a licença compulsória também pode ser concedida para produtos destinados à exportação a países que enfrentam deficiências de fabricação no setor farmacêutico para atendimento da sua população.

---

<sup>523</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 557. No período examinado, a questão também foi objeto do trabalho de QUEIROZ ANDRADE, Letícia. **Desapropriação de bens públicos (à luz do princípio federativo)**. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>524</sup> SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 278. JUSTEN FILHO também passou a adotar a solução, a partir da 13ª de seu Curso de Direito Administrativo, incluindo a matéria do “licenciamento compulsório de patente” no capítulo “Limitação da autonomia privada (poder de polícia)”, e aludindo expressamente ao instituto como uma “outra manifestação da função social da propriedade” (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 549).

<sup>525</sup> BRASIL. **Lei 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm). Acesso em: 20 jun. 2022.

SANTOS DE ARAGÃO narra que a licença compulsória enfrenta a polêmica da identificação da sua natureza jurídica, eis que, na hipótese, “o Estado apenas força o titular da patente a ceder o direito de explorá-la a terceiros, e, não havendo acordo entre ele e os interessados, determina as condições, inclusive o preço, do licenciamento da patente”, que serão arbitrados pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI). Cita autores que se referem à licença compulsória como espécie de requisição administrativa, mas, para tanto, o Estado teria de se tornar titular provisório de direitos relativos à licença, o que não acontece.<sup>526</sup> Com efeito, também há autores que consideram a licença compulsória um “*minimus*” em relação à desapropriação.<sup>527</sup>

Ao final, SANTOS DE ARAGÃO enquadra a licença compulsória como um “contrato coativo”, isto é, um contrato imposto, derivado de uma obrigação de contratar, que é figura do direito concorrencial e se aplica mais corriqueiramente, em Direito Administrativo, quando está em discussão o compartilhamento de infraestruturas. Não obstante, tendo em vista que a licença compulsória pode ser traduzida por um ato administrativo que substitui a vontade das partes quando à exploração de uma propriedade, a questão vem referida como intervenção do Estado na propriedade.<sup>528</sup>

O autor também apresenta posicionamento próprio com relação às desapropriações indiretas. Sustenta que a desapropriação indireta não pode ser chamada tecnicamente de “desapropriação”, a qual pressupõe declaração de utilidade pública ou de interesse social e devido processo legal. Afirma que a desapropriação indireta é um instituto híbrido entre as limitações administrativas à propriedade, a desapropriação e a responsabilidade civil do Estado, e que comporta duas espécies: a desapropriação-esbulho e a desapropriação-regulatória.

O pensamento do autor sobre a desapropriação-regulatória será tratado a seguir. Sobre a desapropriação-esbulho, o autor cita o princípio da intangibilidade da obra pública (ou “do serviço público”, como referido pela literatura no período examinado anteriormente), que justificaria a manutenção do bem na posse do poder público, quando afetado a um serviço público. Ou seja, a desapropriação-esbulho não poderia ser desfeita ou anulada, embora ilícita, mas apenas convertida em perdas e danos, quando houvesse a destinação do bem a uma utilidade pública. Neste caso, o fundamento da indenização devida ao particular está na

---

<sup>526</sup> SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 278-279.

<sup>527</sup> É o caso do português FIDALGO, Vitor Palmela. **As licenças compulsórias de direitos de propriedade industrial**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 50.

<sup>528</sup> SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. Op. Cit., p. 416-417.

responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da Constituição), e não na previsão constitucional da desapropriação (art. 5º, XXIV, da Constituição).<sup>529</sup>

### 7.2.2.3 O pensamento de CARLOS ARI SUNDFELD

Carlos Ari SUNDFELD não produziu um curso ou manual de Direito Administrativo, mas tratou da desapropriação no seu opúsculo “Desapropriação”,<sup>530</sup> integrante da coleção “Constituição de 1988 – Primeira Leitura”, e aprofundou o tema na obra “Direito administrativo ordenador”.<sup>531</sup> Nela, o autor postula que “os sacrifícios [de direitos] devem ser visualizados como a *expropriação*, pelo Estado, de direitos patrimoniais pertencentes aos particulares. Sacrificar direitos é sinônimo de expropriar.”<sup>532</sup>

Partindo do modelo da propriedade moderna, eis que distingue bens móveis e imóveis e trata das faculdades do domínio, e acrescentando outros direitos patrimoniais (de crédito, de acionistas), o autor pontifica que “em todos os casos, o Estado subtrai de alguém direito de propriedade constitucionalmente garantido. Há, portanto, *expropriação*.”<sup>533</sup>

As bases concretas para subsidiar sua conclusão se encontram na evolução econômica, em que “a riqueza dissociou-se dos bens materiais”; e na maior intervenção do Estado na economia, o que importa “mais intensa fricção entre os direitos privados e o interesse público.”<sup>534</sup> O autor afirma:

Isso levou ao alargamento dos conceitos de propriedade e de expropriação. Se as Constituições, ao assegurarem o direito de propriedade, objetivaram preservar o instrumento essencial da atuação dos indivíduos na economia, seria natural que passassem a proteger muito amplamente o *conjunto da esfera patrimonial dos particulares*. Em contrapartida, a expropriação haveria de atingir também outros direitos que não os incidentes sobre imóveis.<sup>535</sup>

Como base jurídica, o autor alude ao desaparecimento de elementos que compunham a definição de expropriação, tais como “o referir-se apenas a bens imóveis e importar sempre em transmissão deles para o Estado.” Desse modo, passou-se a entender a expropriação como “a mutilação, em qualquer grau, do direito de propriedade, mesmo quando

---

<sup>529</sup> SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 267-268.

<sup>530</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Desapropriação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

<sup>531</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>532</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>533</sup> *Ibid.*, p. 95-96.

<sup>534</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>535</sup> *Ibid.*, p. 96.

procedida pela lei.” Por isso, o Decreto-lei 3.365/1941 teria determinado, no art. 2º, que a desapropriação apanha “todos os bens”, e a doutrina reconhecera, unanimemente, que a desapropriação não se restringe aos bens imóveis. Mas, ainda segundo o autor, a doutrina brasileira não teria evoluído “para definir também como expropriação as ablações dos direitos patrimoniais que não importem em aquisição estatal dos mesmos.”<sup>536</sup>

Em vista disso, o autor conclui que, excetuada a requisição administrativa, “o procedimento da desapropriação é o meio adequado para a imposição de qualquer sacrifício de direito.”<sup>537</sup> E invoca, para sustentar a “legitimidade da afirmação”,<sup>538</sup> a autoridade das lições de Pontes de Miranda, também citadas na presente tese (cf. supra).

Como consequência, o regime dos sacrifícios de direito deveria atender ao regime da desapropriação, o que importaria a necessidade de um devido processo legal judicial, fundado no art. 5º, inc. XXIV, da Constituição (e não um devido processo legal administrativo, fundado no art. 5º, incisos LIV e LV, como propõe JUSTEN FILHO, cf. supra), além da necessidade de prévia indenização. Além disso, seriam inconstitucionais todos os sacrifícios (expropriações) impostos diretamente pela lei ou por ato administrativo, ou em que não houvesse indenização prévia.<sup>539</sup>

Entende-se que SUNDFELD se vale do conceito ampliado de propriedade, vinculado ao modelo altamente abstrato da propriedade moderna e do direito subjetivo, tanto criticado pelos historiadores e pelos civilistas contemporâneos, para ampliar o conceito de desapropriação e, assim, nele abranger situações não expropriatórias. Prescinde do exame de cada caso concreto, à luz do direito positivo, para identificar ou não uma propriedade sujeita a desapropriação, ou para distingui-la de limitações, restrições e de outros sacrifícios de direito. A candidata discorda desse posicionamento do autor, por razões que serão referidas adiante.

### 7.3 OS TEMAS ESPECÍFICOS

Dois temas foram introduzidos pela literatura do período contemporâneo. O primeiro deles não é considerado pelos autores de Direito Administrativo, mas apenas pelos autores de Direito Civil. É o da chamada desapropriação por posse-trabalho, objeto da menção

---

<sup>536</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 96-98.

<sup>537</sup> Ibid., p. 99.

<sup>538</sup> Ibid., p. 100.

<sup>539</sup> Ibid., p. 105-111.



de Miguel REALE, referida acima. O outro tema resgata a concepção ampliada de desapropriação de Carlos Ari SUNDFELD. É o das expropriações regulatórias.

### 7.3.1 A desapropriação por posse-trabalho

Os autores que tratam da desapropriação em Direito Administrativo não fazem referência à chamada desapropriação por posse-trabalho (também chamada desapropriação *pro labore*, desapropriação privada, desapropriação judicial), prevista no art. 1.228, § 4º, do Código Civil.<sup>540</sup>

O dispositivo estabelece que o proprietário pode ser privado do seu imóvel se este consistir “em extensa área” que estiver “na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social econômico relevante”. Neste caso, o juiz fixará indenização devida ao proprietário e, uma vez pago o preço, a sentença valerá como registro do imóvel em nome dos possuidores. É o que dispõe o § 5º.<sup>541</sup>

A literatura controverte sobre se o instituto poderia ser chamado de desapropriação, eis que não há indenização paga pelo poder público, ou se poderia ser chamado de usucapião, o que enfrentaria o problema de não existir usucapião onerosa. Mas predomina a designação “desapropriação”,<sup>542</sup> tal como proposto por REALE (cf. supra), de modo que, quando menos, cabe a discussão a respeito do tema quando se trata de desapropriação.

Com efeito, a nomenclatura é mesmo adequada, tendo em vista que o instituto apresenta os caracteres essenciais da desapropriação tal como enunciada na modernidade (cf. supra): trata-se de retirada imperativa ou compulsória da propriedade pelo Estado (no caso, o Poder Judiciário), mediante pagamento de indenização (não é essencial à desapropriação que o pagamento provenha do Estado; basta lembrar das desapropriações por concessionárias), com o propósito de destinar o bem expropriado a uma finalidade pública ou de interesse social.

---

<sup>540</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 maio 2021.

<sup>541</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 maio 2021.

<sup>542</sup> TARTUCE, Flávio. *A desapropriação judicial privada por posse-trabalho e o caso da favela Pullman. Semelhanças e diferenças. Concretizando a função social da propriedade e da posse.* **Revista de Direito Privado**, n. 54/2013, p. 129-160, abr./jun. 2013.

### 7.3.2 As chamadas expropriações regulatórias

Acima foi dito que, para SANTOS DE ARAGÃO, existe uma segunda espécie de desapropriação indireta que consiste na desapropriação regulatória, “expressão semelhante a que a Suprema Corte dos EUA adota (*regulatory takings*).” Retome-se a lição do autor:

Há duas espécies de desapropriação indireta: o esbulho possessório do bem por parte do Estado seguido da sua afetação a serviços públicos (ex.: o Estado simplesmente ocupa um terreno particular e lá constrói uma escola pública – desapropriação indireta – esbulho); e a decorrente de condicionamentos legais ou administrativos à propriedade (ex.: lei ou regulamento que proíba o desmatamento de cem por cento em uma área pertencente a particulares – desapropriação indireta regulatória).<sup>543</sup>

O exemplo fornecido, da lei ou regulamento que proíba o desmatamento de uma determinada área, também é utilizado por SUNDFELD, quando alude à expansão do conceito de desapropriação (cf. *supra*).<sup>544</sup> Mas há importantes diferenças entre os posicionamentos de SUNDFELD e SANTOS DE ARAGÃO.

Em primeiro lugar, SANTOS DE ARAGÃO fundamenta o pagamento de indenização não na garantia da desapropriação (ou garantia contra o confisco, do art. 5º, XXIV, da Constituição), mas na previsão da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da Constituição), que entende que pode ser desencadeada também por comportamentos lícitos.<sup>545</sup> Em última análise, o que o autor propõe é a aplicação do princípio segundo o qual os ônus especiais sofridos por alguém pela atuação pública devem ser divididos entre os membros da sociedade (é o fundamento que acima se apresentou para a indenização por sacrifícios de direito, embora nesta tese se esteja diferenciando o tema daquele da responsabilidade civil).

Em segundo lugar, SANTOS DE ARAGÃO considera a necessidade de a avaliação quanto à indenização ser realizada em cada caso concreto, considerando a expectativa que a legislação, antes da lei ou regulamento restritores, produzia sobre as pessoas atingidas. Ou seja, o autor não se conforma com a mera invocação à garantia da propriedade. Ele alerta:

A definição da fronteira entre a mera limitação administrativa, não indenizável, e a norma legal ou ato administrativo indenizável apesar de legítimos não é nada fácil, só podendo ser aferida em cada caso concreto. Deve ser, no entanto, guiada pela legitimidade e intensidade da expectativa que a

<sup>543</sup> SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 267.

<sup>544</sup> São outros exemplos de SANTOS DE ARAGÃO: “vedação total a construções ou plantações em área de preservação ambiental, mudança do limite de altura para apenas dois andares de prédios no centro comercial de grande metrópole, transformação de uma atividade econômica em serviço público titularizado com exclusividade pelo Estado etc.”. *Ibid.*, p. 269-270.

<sup>545</sup> *Ibid.*, p. 267-268.

legislação anterior gerava no particular em relação ao proveito do seu bem, da função econômica efetiva ou potencial ordinária daquela espécie de bem, a disseminação da restrição de forma difusa por toda a sociedade e a sua compatibilidade com o que já se espera normalmente em termos de limites às liberdades individuais para viabilizar a existência coletiva.<sup>546</sup>

Em terceiro lugar, SANTOS DE ARAGÃO propõe avaliar a limitação ou restrição (a “expropriação regulatória”) em cada caso concreto por meio do princípio da proporcionalidade (o qual, na lição precisa do autor, deve guiar todas as limitações a direitos fundamentais). Sustenta que, se a medida da limitação ou restrição, além de retirar o conteúdo econômico do bem, viola o princípio da proporcionalidade, ela é inconstitucional e sempre resultará em indenização, sem excluir o retorno ao *status quo ante*. Assim, por mais que a medida tenha sido praticada a título de suposta limitação administrativa não indenizável, será considerada sacrifício de direito, e ilícito.<sup>547</sup>

O problema está em definir as consequências da lei ou regulamento constitucional. O autor propõe que “a chave para a indenizabilidade, caso em que teremos a ‘desapropriação indireta’, serão a especificidade e a anormalidade da limitação em relação às faculdades inerentes ao direito de propriedade.” São os critérios estabelecidos para a indenização por sacrifício de direitos. “Nesses casos, o prejuízo do particular, em razão da legitimidade dos condicionamentos impostos, por mais intensos que sejam, se resolverá sempre apenas em indenização, nunca pelo retorno ao *status quo ante*.”<sup>548</sup>

A questão foi retomada por outros autores, que falam, como SUNDFELD, da expansão do conceito de desapropriação, e que pretendem assegurar idênticas garantias (devido processo legal, prévia indenização) para as chamadas expropriações regulatórias.

André Rodrigues CYRINO, por exemplo, postula “que se desenvolva uma teoria apta a encarar o sacrifício de direitos por meio da regulação, tendo-se em consideração a vedação ao confisco e os limites constitucionais à tomada de bens”; “uma teoria de regulações expropriatórias”, a fim de que, “por meio do caminho mais fácil da regulação”, o poder público não comece a crer que seria possível “proscriver atividades empresariais, inviabilizar economicamente iniciativas industriais, ou, ainda, aniquilar a utilidade e o valor de bens privados corpóreos, incorpóreos, móveis e/ou imóveis.”<sup>549</sup>

---

<sup>546</sup> SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 272.

<sup>547</sup> Ibid., p. 269-270.

<sup>548</sup> Ibid., p. 269-270.

<sup>549</sup> CYRINO, André Rodrigues. *Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, p. 203-205.

O autor acrescenta que “não é possível ao Estado valer-se da via menos exigente da regulação para evitar o rigoroso itinerário da desapropriação, que deveria ser a primeira opção quando houver uma decisão por banir atividades econômicas.”<sup>550</sup> E pontifica:

Regulações que sacrificam direitos, afetando-os a finalidades públicas sem indenização, são potencialmente confiscatórias, devendo ser examinadas diante do art. 5º, XXIV e LIV, CRFB. Normas que não observam o devido processo legal (e constitucional) para a tomada de bens (art. 5º, LIV, CRFB), o qual pressupõe, sob pena e caracterização de confisco (de parte as hipóteses expressamente ressalvadas na Constituição), a demonstração da necessidade ou utilidade pública, ou, ainda, de interesse social, com o pagamento de “justa e prévia indenização em dinheiro” (art. 5º, XXIV, CRFB).

Em poucas palavras, o sacrifício de direitos por meio da regulação deve ser enfrentado considerando-se a vedação ao confisco e os limites constitucionais do procedimento de desapropriação.<sup>551</sup>

Em sentido semelhante, Rafael VÉRAS DE FREITAS, citando o trabalho de SUNDFELD e a dita expansão do conceito de desapropriação,<sup>552</sup> questiona sobre se caberia ao “proprietário alegar direito adquirido (previsto no art. 5º, inc. XXXVI, da CRFB) ao prosseguimento do exercício de uma atividade econômica, quando um novo ato normativo impõe uma limitação administrativa de direitos à sua atividade.” Responde que não, eis que não existe direito adquirido a regime jurídico. Contudo, o autor também indaga sobre a “impossibilidade da expropriação da propriedade privada, sem que o Poder Público percorra um devido processo legal expropriatório, como determina o art. 5º, inc. LV c/c inc. XXXIV da CRFB.”<sup>553</sup> Preocupa-se especialmente com o fundo de comércio da empresa cuja atividade foi proscrita ou monopolizada (tal como PONTES DE MIRANDA, que tratava do “fundo de empresa”, cf. supra).

Quanto a esse ponto, o autor responde, na linha de SUNDFELD e CYRINO:

[...] parece indene de dúvidas que tais limitações expropriatórias predicam do estabelecimento de um devido processo legal expropriatório, posto que, ao fim e ao cabo, resultam na subtração de situações patrimoniais dos administrados. Do contrário, estar-se-ia negando a ampliação do conceito de desapropriação referida por Carlos Ari Sundfeld, por meio do qual passa a se entender como uma hipótese de expropriação da propriedade privada a subtração de seu

---

<sup>550</sup> CYRINO, André Rodrigues. *Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, p. 206.

<sup>551</sup> *Ibid.*, p. 206-207.

<sup>552</sup> VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Expropriações regulatórias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 84.

<sup>553</sup> *Ibid.*, p. 99.

conteúdo econômico, ainda que não ocorra a transferência do domínio para o Estado.<sup>554</sup>

Por outro lado, assim como SANTOS DE ARAGÃO, o autor atribuiu o direito a indenização à responsabilidade civil do Estado por atos lícitos (no caso, de intervenção do Estado no domínio econômico).<sup>555</sup>

Estão postas, assim, as bases segundo as quais a literatura vem entendendo a desapropriação no Brasil.

---

<sup>554</sup> VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Expropriações regulatórias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 101. Um ponto interessante está em que o autor entende ser necessário revisar a teoria sobre as modalidades de intervenção na propriedade, porque “foram cunhadas por uma legislação editada em períodos ditatoriais, que desconsideram os influxos pós-positivistas decorrentes de valores democráticos principiológicos trazidos pela Constituição de 1988, a exemplo dos vetustos decretos-leis n<sup>os</sup> 3.365/1941 e 25/1937 (que disciplinam, respectivamente, o procedimento de desapropriação e de tombamento” (p. 82). Contudo, também é o Decreto-lei 3.365/1941 que estende a desapropriação para “todos os bens”, durante o Estado Novo, o que poderia igualmente ser interpretado ou intuído como pretensão autoritária.

<sup>555</sup> *Ibid.*, p. 107.

## 8 A PROPRIEDADE COMO SITUAÇÃO JURÍDICA OBJETIVA

O percurso do pensamento sobre a propriedade e a desapropriação entre os juristas brasileiros propicia alcançar algumas conclusões e proposições.

Antes de tudo, entende-se como evidente a vinculação da maioria dos autores à ideia da propriedade moderna, estabelecida a partir da perspectiva do sujeito proprietário. É a propriedade potestativa, definida por meio dos poderes jurídicos abstratos reconhecidos ao proprietário e limitados pela legislação, e não a propriedade na perspectiva do objeto, de como os diversos bens da vida podem ser aproveitados e são regulados pelo ordenamento.

Com efeito, cabe afirmar que predomina uma perspectiva subjetivista da propriedade, que confere prioridade axiológica à posição do indivíduo, sujeito de direito; e que muitas vezes inverte a prioridade objetivo-subjetiva do ordenamento jurídico. Aliás, essa perspectiva tem lugar mesmo quando os autores tratam da função social da propriedade, nas situações em que a apresentam de modo tão amplo e abstrato<sup>556</sup> quanto o da propriedade moderna. É o que ocorre quando pretendem a sua integração à estrutura do direito de propriedade; ou quando se esforçam para identificar uma dimensão objetiva do direito fundamental de propriedade, como se essa dimensão fosse residual, ou subsidiária.

Entende-se que outra perspectiva é possível, ora denominada de objetivista.

### 8.1 A PRIORIDADE OBJETIVO-SUBJETIVA

A perspectiva objetivista do Direito não é uma novidade. Vincula-se à revolução do pensamento jurídico promovida pela Escola de Viena, a qual ganhou notoriedade no Brasil pela obra de Hans Kelsen. Ele manifestava o propósito vigoroso de rejeitar as doutrinas subjetivistas do Direito, questionando a própria existência de direitos subjetivos tal como vinham sendo enunciados à sua época.

Na obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen observava que o direito subjetivo, na descrição tradicional do Direito, era equiparado à pretensão e apresentado em primeiro plano, a ponto de obnubilar o dever jurídico que lhe era pressuposto, isto é, o dever de outrem de se

---

<sup>556</sup> Stefano RODOTÁ fala em uma função social “inútil” e “misteriosa”. Cf. RODOTÁ, Stefano. **El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada**. Trad. de Luis Díez-Picazo. Santiago, Chile: Ediciones Olejnik, 2019, p. 30.

conduzir de uma determinada maneira em face do titular do direito subjetivo, à luz do ordenamento jurídico.

KELSEN pretendia demonstrar que esse entendimento era cientificamente equivocado e que o objeto central do conhecimento jurídico não poderia ser o direito subjetivo; afinal, e tal como enunciado, o direito subjetivo não passava do reflexo de deveres jurídicos. Assim, KELSEN questionava a postura tradicional, em que o direito subjetivo avultava tanto que o dever jurídico quase desaparecia por trás dele,<sup>557</sup> e que escamoteava a sua verdadeira condição, de direito reflexo do dever de outrem. Ponderava que, quando menos, a invocação a direitos subjetivos, antes do que a deveres jurídicos, fazia parecer que existiriam duas situações jurídicas distintas, quando o que se verificava era apenas uma determinada situação jurídica.<sup>558</sup>

KELSEN explicava:

Essa situação, designada como direito ou pretensão de um indivíduo, não é porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito essa pretensão fosse algo de diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se a aparência de duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe. A situação em questão é esgotantemente descrita como o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo. Dizer que o indivíduo é obrigado a uma determinada conduta significa que, no caso da conduta oposta, se deve verificar uma sanção; o seu dever é a norma que prescreve essa conduta enquanto liga uma sanção a conduta oposta. Quando o indivíduo é obrigado em face de outro a uma determinada prestação, é a prestação a receber pelo outro que forma o conteúdo do dever; apenas se pode emprestar a outrem algo que esse outrem receba. E, quando o indivíduo está obrigado em face de outrem a suportar uma determinada conduta deste, é a tolerância desta mesma conduta que constitui o conteúdo do dever. Quer dizer: a conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Se se designa a relação do indivíduo em face do qual uma determinada conduta é devida, com um indivíduo obrigado a essa conduta como direito, esse direito é apenas um reflexo daquele dever.<sup>559</sup>

É mesmo de fácil reconhecimento que o senso comum e parte do senso jurídico postulam que pessoas “têm direitos”, ao invés de postularem, com prioridade lógica e axiológica, que pessoas têm deveres à luz do ordenamento, de respeito ao ordenamento e às diversas situações jurídicas. Esse senso comum e esse senso jurídico podem ser explicados pela influência das ideias que circulavam na Europa ocidental dos séculos XVIII e XIX (lembre-se

---

<sup>557</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 140.

<sup>558</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>559</sup> *Ibid.*, p. 142-143.

o individualismo, o liberalismo, o racionalismo, a doutrina do Direito Natural), assim como pela formação civilista ou romanista dos juristas daquela época, que encaravam o Direito pelo viés do indivíduo, o intitulado “sujeito de direitos”. Era o mesmo contexto da fundação do modelo da propriedade moderna.

KELSEN até reconhecia que a construção teórica do direito subjetivo, tomado como simples reflexo de um dever jurídico, podia facilitar a representação da situação jurídica; contudo, considerava a construção supérflua do ponto de vista de uma descrição cientificamente exata do problema.<sup>560</sup> Para confirmar a improcedência da construção teórica, considerava que nem sempre é possível identificar direitos subjetivos (ou sujeitos de direito) em todos os casos em que existe um dever jurídico. Lembrava existirem situações em que a conduta devida não se refere a um indivíduo concretamente determinado, mas à comunidade; e casos em que, embora existente um dever, nem sequer se conceberia um direito reflexo.

Para elucidar, KELSEN apresentava o exemplo dos animais, das plantas e dos objetos inanimados em face dos quais os indivíduos têm deveres. Ele então cogitava da proibição jurídica de maltratar um animal, que figuraria como destinatário de um dever de não lesar, que é imposto a todos. Em vista desse exemplo, indagava sobre qual seria a diferença entre essa situação jurídica e aquela de uma pessoa titular de um direito subjetivo (direito reflexo) de não sofrer dano, isto é, destinatária de um dever de não lesar, imposto a todos. KELSEN afirmava que se trata da mesma situação jurídica; mas nem por isso o animal (tal como a planta, ou o objeto) era apresentado como sujeito de direito pelas doutrinas subjetivistas. Ele então questionava: se as doutrinas subjetivistas, que privilegiam a perspectiva do direito subjetivo em detrimento do dever jurídico, reservam a expressão “sujeito de direito” àquele em face de quem um indivíduo deve cumprir um dever jurídico, como podem dizer que os animais, as plantas e os objetos inanimados não são sujeitos de direito, se também são destinatários de deveres jurídicos?<sup>561</sup>

O que KELSEN propunha era que as doutrinas subjetivistas reconhecessem que o seu raciocínio era incapaz de sustentar a própria existência de direitos subjetivos, porque esses direitos eram concebidos como reflexos de deveres jurídicos, isto é, “o direito reflexo se identifica com o dever jurídico”. Nesse sentido, e se mantida a expressão “sujeito de direito”, esta deveria designar a pessoa obrigada ao cumprimento de um dever, e não a pessoa dele

---

<sup>560</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 143.

<sup>561</sup> *Ibid.*, p. 144.



destinatária – a qual, na verdade, figuraria como objeto do dever jurídico da primeira. Nas palavras do autor:

O homem em face do qual deve ter lugar a conduta conforme ao dever é apenas objeto desta conduta, tal como o animal, a planta ou o objeto inanimado em face do qual os indivíduos estão obrigados a conduzirem-se de alguma maneira.<sup>562</sup>

Por outro lado, KELSEN acrescentava que o fato de os animais, plantas e objetos inanimados não serem capazes de exercer suas pretensões não altera em nada a sua situação jurídica, porque a pretensão é algo distinto do direito subjetivo (do direito reflexo); a pretensão somente surge quando o dever jurídico é descumprido e esse descumprimento pode ser equacionado mediante um provimento jurisdicional.<sup>563</sup>

## 8.2 O PENSAMENTO DE LÉON DUGUIT

Essas ideias eram compartilhadas por Léon DUGUIT, que se opunha à construção teórica do direito subjetivo, assim como a toda construção teórico-jurídica fundada em metafísica, e não na realidade dos fatos, na vida real.<sup>564</sup>

DUGUIT propunha substituir o conceito de direito subjetivo pelo de situação jurídica. Atribuía a expressão às situações em que, de conformidade com as condições determinadas pelo direito objetivo, as “vias de direito” (*les voies du droit*) eram abertas para garantir aos indivíduos certas vantagens ou para reprimir certas condutas.<sup>565</sup> Adotava um conceito amplíssimo de “vias de direito”, que significavam todos os meios que propiciassem, sob qualquer forma, direta ou indiretamente, uma sanção pela violação do direito objetivo.<sup>566</sup>

Por sua vez, DUGUIT manifestava um modo particular de conceber o direito objetivo. Entendia-o como o conjunto das regras, impositivas de ações e abstenções, em vista das quais uma determinada sociedade entendia ser legítimo organizar e usar a força material para garantir a obediência. Admitia, como um postulado, que essas regras são conhecidas pelos indivíduos da sociedade, os quais têm consciência mais ou menos clara do seu conteúdo, porque

---

<sup>562</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 144.

<sup>563</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>564</sup> Embora tanto KELSEN quanto DUGUIT rejeitassem as soluções metafísicas, DUGUIT discordava de KELSEN no ponto em que pretendia situar a ordem legal fora da vida real. Eram posturas positivistas distintas; uma normativista, outra realista. Cf. DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**, 3. ed., tomo 1 (La règle de droit – Le problème de l'État). Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, 1927, p. 63-64.

<sup>565</sup> *Ibid.*, p. 307.

<sup>566</sup> *Ibid.*, p. 299.

têm sentimentos de justiça e de sociabilidade; e considerava que essas regras existem em toda sociedade, eis que sem elas não se admite a vida social civilizada.<sup>567</sup>

Com efeito, para DUGUIT, a sociedade não consistia em um produto da vontade humana, mas em um fato primário que se impõe porque o ser humano tem necessidades que só se realizam e aspirações que só se satisfazem pela vida em comunidade; isto é, porque o ser humano tem consciência da sua interdependência social,<sup>568</sup> de que se encontra em uma rede de solidariedade social, que se manifesta porque os seres humanos se assemelham e, nessa medida, têm necessidades comuns, mas também porque os seres humanos se diferenciam, apresentando necessidades e aptidões diferentes (o motivo da divisão social do trabalho).<sup>569</sup> Em suma, o ser humano nasce membro de uma coletividade e tem consciência da necessidade de manutenção e desenvolvimento dessa mesma coletividade; por isso, reconhece e se submete à norma de direito objetivo.

Antevendo as possíveis críticas de que seu posicionamento também se valeria de soluções metafísicas, tais como a suposta referência a uma “consciência coletiva” que reconheceria o direito objetivo, DUGUIT explicava que não considerava existir uma “consciência coletiva”, mas uma coletividade de consciências individuais; e considerava que a norma de direito objetivo era extraível da realidade, dos fatos sociais.<sup>570</sup> Para DUGUIT, originalmente, a norma de direito objetivo é uma norma social, que se torna jurídica quando a sua sanção pode ser organizada socialmente; ademais, e como norma social, a norma de direito objetivo é uma norma de propósito ou de finalidade, estatuída para coordenação dos indivíduos que formam o agrupamento social, para limitar suas ações e para impor certos atos.<sup>571</sup> São normas que visam a garantir a solidariedade social, e a proibir todo ato ou abstenção suscetível de produzir rompimento social.<sup>572</sup>

Veja-se que é esta a finalidade e o fundamento do Direito na perspectiva realista (objetivista) de DUGUIT; manter a solidariedade social. Trata-se, evidentemente, de um fundamento distinto daquele da perspectiva subjetivista, que parte da ideia de um ser humano

---

<sup>567</sup> DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**, 3. ed., tomo 1 (La règle de droit – Le problème de l’État). Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, 1927, p. 14, p. 116 e p. 213. Trata-se de um postulado sociológico, ponto diferencial com o pensamento de KELSEN, que partia do postulado lógico da norma fundamental.

<sup>568</sup> Ibid., p. 84.

<sup>569</sup> Neste ponto, Duguit recorre às ideias de Émile Durkheim acerca da solidariedade mecânica (que se manifesta pelas similitudes) e da solidariedade orgânica (que se manifesta pela divisão do trabalho).

<sup>570</sup> DUGUIT, Léon. Op. Cit., p. 80-81.

<sup>571</sup> Ibid., p. 79-80.

<sup>572</sup> Ibid., p. 82-83.

individual, abstrato e irreal, pois não convive em sociedade; e que se vale da noção de direito subjetivo, invertendo a prioridade objetivo-subjetiva da construção jurídica.

Mas DUGUIT, ao mesmo tempo em que repelia a noção de direito subjetivo, precisava explicar a incidência do direito objetivo sobre as situações concretas. Para tanto, identificava existirem situações jurídicas objetivas e subjetivas.<sup>573</sup>

### 8.2.1 As situações jurídicas objetivas e subjetivas

As situações jurídicas objetivas eram referidas pelo autor como aquelas que derivam diretamente da norma jurídica objetiva, ou como a própria consequência da norma aplicada; por isso, são situações gerais e permanentes, tal como a própria norma. Obrigam a todos e não desaparecem com o recurso às vias de direito, que se mantêm sempre abertas. Vigoram enquanto a norma vigorar, isto é, até que a lei seja alterada ou revogada pelo legislador ou até que a norma caia em desuso por uma transformação espontânea do direito objetivo.<sup>574</sup>

As situações jurídicas subjetivas, por sua vez, resultam de atos individuais de vontade e são especiais e transitórias. São especiais porque não podem ser invocadas senão por uma ou mais pessoas determinadas; e são transitórias porque, uma vez exercidos os atos a elas vinculados, desaparecem “sem deixar traços, e não há mais abertura para nenhuma via de direito”.<sup>575</sup>

A compreensão da distinção é facilitada quando se alude a exemplos de situações jurídicas objetivas e subjetivas.

No primeiro caso, tem-se o casamento; embora dependa de uma manifestação da vontade (um “ato-condição” que faz incidir a norma ao caso concreto),<sup>576</sup> a situação jurídica é constituída permanentemente até que a norma seja alterada ou, quando menos, até que seja praticado um ato de liberação da pessoa do estatuto jurídico do casamento. Não obstante, enquanto a pessoa estiver casada, submete-se ao estatuto das pessoas casadas, que é determinado e regulamentado pela lei, e sua condição de pessoa casada pode ser oposta a todos, assim como pode ser invocada pelas vias legais quantas vezes forem necessárias.

---

<sup>573</sup> A literatura relata que essa concepção prevalece na França até os dias atuais; que a doutrina francesa rejeita a teoria dos direitos subjetivos e que reproduz as lições de Léon Duguit. Cf. MORAIS DA COSTA, Thales. Direitos e liberdades. In: MORAIS DA COSTA, Thales (coord.). **Introdução ao direito francês**, v. 1. Curitiba: Juruá, 2011 (reimpressão), p. 201.

<sup>574</sup> DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**, 3. ed., tomo 1 (La règle de droit – Le problème de l'État). Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, 1927, p. 308.

<sup>575</sup> Ibid., p. 313 e p. 438.

<sup>576</sup> Ibid., p. 311.

No segundo caso, têm-se as situações jurídicas que resultam de um contrato (que têm como causa um contrato, e não mera condição), as quais permitem a abertura das vias legais para obrigar uma pessoa determinada (devedor) a cumprir uma prestação a que se obrigou perante outra pessoa também determinada (credor). A situação é especial ou individual, porque diz respeito somente aos contratantes; e é transitória porque, uma vez cumprida a prestação, voluntariamente ou pelas vias legais, a situação desaparece.<sup>577</sup>

### 8.2.2 A objetivização da propriedade

É na categoria das situações jurídicas objetivas que DUGUIT incluía a propriedade, como uma situação que se traduzia juridicamente pela possibilidade de colocar em movimento as vias de direito para obstaculizar todo ato de alguém que viesse atrapalhar a atribuição de um propósito ou a utilidade total de uma certa coisa, utilidade que poderia ser individual ou coletiva.

Na doutrina tradicional, a existência dessas vias de direito fez com que se procurasse explicar a propriedade como um direito subjetivo. Contudo, na constatação de DUGUIT, “a propriedade está protegida por lei, mas não é um direito; ela é uma coisa, uma utilidade, uma riqueza. O que o proprietário tem não é um direito, é uma coisa”, “a própria coisa”.<sup>578</sup> A proteção jurídica da propriedade deriva de que o escopo e o propósito da utilização da coisa são determinados pelo direito objetivo, geral e permanente; vigora, assim, um estatuto proprietário, um “conjunto de imperativos positivos e negativos”.<sup>579</sup> Nesse contexto, uma escritura de aquisição (pensando-se na propriedade imóvel) não configura causa da propriedade, mas condição para que o estatuto proprietário incida sobre a situação concreta.<sup>580</sup>

A explicação é valiosa. Por meio dela, DUGUIT prontamente desmistifica dois caracteres fundamentais da propriedade moderna, tal como enunciados pela visão subjetivista: a oponibilidade *erga omnes* e a perpetuidade. Quando afirma que a propriedade, como situação jurídica objetiva, é geral e permanente, permite que se reconheça que a propriedade é “oponível a todos” (é geral) e “perpétua” (é permanente) não por uma razão especial dela mesma ou do sujeito proprietário, nem por uma dignidade distinta em face de outros “direitos”; mas porque é esse o modo de construção da situação jurídica proprietária; é essa a sua realidade.

---

<sup>577</sup> DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**, 3. ed., tomo 1 (La règle de droit – Le problème de l'État). Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, 1927, p. 313.

<sup>578</sup> Ibid., p. 447.

<sup>579</sup> Ibid., p. 447.

<sup>580</sup> Ibid., p. 447-448.

### 8.2.3 O sentido objetivo da função social

Essa explicação deve ser tomada em conta quando se considera a afirmação de Léon DUGUIT de que a propriedade é uma função social (cf. supra). Com efeito, há quem se refira a DUGUIT como um autor que teria levado às últimas consequências a ideia de função social da propriedade, na acepção socialista, por conta dessa sua afirmação.<sup>581</sup>

Nesta tese, entende-se que essa compreensão é equivocada. Aliás, o próprio DUGUIT antecipou a possível má compreensão das suas palavras. Em algumas passagens das suas obras, ele se manifestou explicitamente contra o socialismo e os bolcheviques. Pretendeu até mesmo denominar sua doutrina de social, e não socialista (em oposição a individualista), para evitar qualquer confusão.<sup>582</sup>

DUGUIT não disse simplesmente que a propriedade é uma função social. O pensamento do autor sobre a função social (a utilidade social) da propriedade é mais complexo e está vinculado ao seu modo particular de compreender a norma jurídica. Lembre-se que, para o autor, toda norma jurídica é uma norma social e, portanto, uma norma de propósito, de finalidade; uma norma com a função de alcançar determinado objetivo, que consiste na preservação do agrupamento social, da interdependência ou da solidariedade social.

Em vista disso, as pessoas somente têm direitos (para usar a expressão tradicional consagrada) porque o reconhecimento desses direitos é útil para o fim de garantir a convivência em sociedade. Há uma função social latente em toda norma jurídica. E toda norma jurídica se impõe ao ser humano “pela força mesma das coisas”, porque é útil e necessária para preservar a solidariedade social.

Enfim, a regra de direito objetivo existe porque os indivíduos estão obrigados a cooperar para viver coesos em sociedade, e é por isso que se confere proteção às situações jurídicas individuais.<sup>583</sup> O “direito” do proprietário individual se justifica pela missão social que lhe incumbe em virtude da situação particular na qual se encontra.<sup>584</sup> Logo, mesmo a afetação individual da propriedade tem utilidade social, contribui para a coesão social. Nas

---

<sup>581</sup> Especula-se que a força da expressão de DUGUIT tenha se intensificado com a notoriedade da sexta conferência que proferiu, em 1911, na Universidade de Buenos Aires, intitulada “A propriedade função social” (*La propriété fonction sociale*), de eloquência admirável e publicada em DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912, p. 147-178.

<sup>582</sup> Por exemplo, DUGUIT, Léon. **Manuel de droit constitucional**. 2. ed. Paris: Fontemoing & C., Éditeurs, 1911, p. 6.

<sup>583</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>584</sup> *Ibid.*, p. 13.

palavras de DUGUIT, “o objeto da norma social é sem dúvida o respeito à autonomia individual, mas na medida em que a autonomia individual é um elemento da vida social. [...] Considerar o homem sozinho e em si mesmo é ver apenas uma parte da realidade.”<sup>585</sup>

Em suma, e para não deixar dúvida, o que DUGUIT efetivamente disse sobre a propriedade é que ela é uma situação jurídica objetiva, em que está pressuposta (na regra de direito objetivo) a função social. Por outro lado, ele não descartava que a utilidade estritamente individual da propriedade vinha cada vez mais perdendo espaço para diversas utilidades sociais; ao contrário, ele reconhecia que há constante transformação da situação jurídica de propriedade, assim como de toda regra de direito, em virtude das transformações na forma e na intensidade da solidariedade social.<sup>586</sup>

### 8.3 EFEITOS DA CONCEPÇÃO OBJETIVISTA

Essa percepção de índole objetivista e realista produz consequências para o modo de descrever a desapropriação.

Na modernidade a propriedade é concebida como o direito de alguém de exercer uma ampla gama de poderes jurídicos sobre um determinado bem, de maneira *a priori* indivisível, e absoluta. Sua formulação é dogmática e abstrata: diz-se que a propriedade é o poder de usar, fruir, gozar e dispor (e, para alguns, abusar) de um bem, que é um direito natural e que tem por caracteres ser absoluta, plena, exclusiva, perpétua, oponível *erga omnes*. É uma formulação que se dirigia, fundamentalmente, à propriedade da terra.

Conseqüência desse modelo de propriedade, a desapropriação moderna é aquela definida como a privação compulsória da propriedade pelo Estado, que atinge o caráter perpétuo da propriedade, para o fim de destinar a propriedade a uma finalidade pública, ou de interesse social, mediante o pagamento de indenização. Nesse âmbito, há os que afirmavam (afirmam) que a desapropriação consiste em “grave ameaça”, “mais drástica manifestação do poder de império estatal”, e os que afirmavam (afirmam) se tratar de uma “garantia” do direito de propriedade.

Um efeito da concepção objetivista e realista está em admitir que a desapropriação não é uma ameaça drástica, nem uma manifestação do poder de império, e nem mesmo uma garantia da propriedade. A desapropriação traduz a desafetação de um bem da vida da decisão

---

<sup>585</sup> DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**, 3. ed., tomo 1 (La règle de droit – Le problème de l’État). Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, 1927, p. 84.

<sup>586</sup> DUGUIT, Léon. **Manuel de droit constitucional**. 2. ed. Paris: Fontemoing & C., Éditeurs, 1911, p. 11.

e utilidade individuais de alguém, para que haja um aproveitamento distinto, por decisão estatal. Priva-se alguém da propriedade de algo. Ao final, o que se garante não é a propriedade, mas a riqueza econômica que lhe é equivalente, ou a preservação do patrimônio do sujeito expropriado. E não se trata de providência fundamentada no poder de império do Estado, ou num suposto domínio eminente (ambos conceitos *a priori*, metafísicos); a fundamentação é a mesma da regra de direito objetivo, e reside na cooperação com a solidariedade social. Desapropria-se para atender à função social que subjaz a toda regra de direito em vigor.

Aliados a esse efeito estão o desprendimento dos vieses ideológicos do direito subjetivo e a guinada para a observação e a descrição atentas da realidade e do direito objetivo. Abandonam-se os conceitos *a priori*, as impressões subjetivas, para dar lugar aos fatos observados na realidade. Admite-se que a norma jurídica é criação da vontade humana, e não um imperativo que decorre da natureza humana, da circunstância de ser humano.

Essa observação atenta da realidade e do direito objetivo, com atenção para a prioridade objetivo-subjetiva da propriedade, também evita que se aproveite o modelo abstrato da propriedade moderna para as mais variadas situações, algumas das quais muito distintas daquelas que justificaram a sua criação (a propriedade da terra). Falou-se, nesta tese, em propriedade de concessões, de títulos, de privilégios. Houve quem sustentasse que a encampação de uma concessão é uma desapropriação, assim como a alteração do ordenamento jurídico para proscrever determinadas atividades, para restringir o aproveitamento individual de áreas de proteção ambiental, para monopolizar atividades econômicas. Chegou-se a falar em desapropriação em sentido lato e em sentido estrito, e se estenderam as previsões do devido processo legal e da indenização prévias para essas situações, com fundamento no art. 2º do Decreto-lei 3.365/1941, que estabelece que “todos os bens poderão ser desapropriados”.<sup>587</sup>

A ampliação da noção de desapropriação, com todas as suas consequências (devido processo legal, intervenção judicial, prévia indenização), deve ser tomada com cautela. Postulou-se que há bons argumentos para não aderir a essa interpretação, que remete ao viés ideológico da propriedade moderna.

Considera-se, primeiro, que a referência aberta do art. 2º do Decreto-lei 3.365/1941 a “todos os bens” pode significar o propósito datado de acomodar situações distintas que pudessem surgir como de interesse sobretudo nacional (a edição do Decreto-lei ocorreu em período autoritário da história nacional). Ademais, as previsões do Decreto-lei dizem respeito

---

<sup>587</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

muito mais à propriedade imóvel (com diversas expressas referências) que a qualquer outra espécie de bem, o que induz à compreensão de que a previsão do devido processo legal judicial não deve ser estendida a tudo que se alegue ser privação da propriedade.

Este ponto tem relação com as hipóteses de edição de normas que restringem o aproveitamento de terrenos em áreas de proteção ambiental ou a exploração de atividades econômicas. É necessário examinar a realidade, os contornos de cada caso concreto, para então definir se a legitimidade das restrições só seria alcançada pela via da desapropriação. Postula-se que não são cabíveis as invocações genéricas à figura das expropriações regulatórias ou à equivalência entre desapropriação e sacrifício de direito para justificar a incidência do regime da desapropriação. Afinal, quando se trata da alteração de normas gerais e se está diante de situações objetivas (de alteração da própria regra de direito objetivo), discute-se direito intertemporal, e não desapropriação. Até pode haver previsão de indenização, mas não com fundamento em algum estatuto proprietário.

Tome-se o exemplo da abolição do trabalho escravo no Brasil. O discurso que subsidiou o pagamento de indenizações aos “proprietários”, neste caso, foi o da desapropriação. Mas o que efetivamente ocorreu foi a extinção de uma instituição jurídica, por norma geral.

Também não cabe afirmar ter havido o abandono da alegada exigência de transferência do bem expropriado para o Estado, em desapropriações, para justificar a equiparação entre as desapropriações e os sacrifícios de direito, como proposto pela literatura. O exame do percurso da propriedade e da desapropriação demonstra que a transferência do bem ao Estado sempre foi prescindível para configurar a desapropriação.

Sob outro ângulo, tratar da encampação como desapropriação é confundir os institutos jurídicos. A encampação é a retomada da concessão, estabelecida por contrato, situação jurídica subjetiva; o concessionário concorda com o retorno da concessão (e dos bens a ela vinculados) ao poder público. A discussão é pertinente apenas ao valor da indenização.

De uma forma ou de outra, entende-se que o maior problema está em que os efeitos da ampliação da desapropriação são incompatíveis com o funcionamento do Estado. Declarar a utilidade pública e instaurar procedimento expropriatório para alterações do direito objetivo é incompatível com a atuação tempestiva do Estado no atendimento das necessidades públicas.

Aliás, outro efeito da adesão à concepção objetivista e realista está em encerrar as eventuais discussões doutrinárias sobre se a desapropriação pode beneficiar indivíduos, sobre se o bem expropriado pode ser destinado a particulares. A par da circunstância de o direito positivo brasileiro expressamente prever a destinação de bens expropriados a particulares, a discussão perde o sentido porque não existe diferença essencial entre o que é público e o que é



privado: toda regra de direito objetivo está fundada na solidariedade social, e a utilidade individual da propriedade também é uma utilidade social. O interesse público não é monopolizado pelo poder público, e todos os poderes jurídicos são atribuídos, às pessoas privadas e aos agentes públicos, para garantia da solidariedade social.

## 9 CONCLUSÃO

A tese apresentou um percurso histórico da propriedade e da desapropriação na literatura jurídica do Brasil independente, passando pelos períodos do Império, Primeira República, os anos de 1930 a 1988 e o período contemporâneo, que se convencionou tratar como iniciado com a Constituição Federal de 1988. Examinou obras de Direito Administrativo, obras específicas sobre desapropriação, obras de Direito Civil (em especial no período do Império e posteriormente à Constituição de 1988) e obras de Direito Constitucional, para apresentar o cenário com que a literatura jurídica tratou dos temas da propriedade e da desapropriação ao longo do tempo.

O percurso foi antecedido da apresentação do modelo da propriedade moderna, tratado como mentalidade predominante, e da sua correspondente desapropriação, com as teorias que divisam a desapropriação de outros institutos, notadamente as limitações administrativas, a obrigação de indenizar e a responsabilidade civil do Estado. Introduziu-se o problema de se tratar da propriedade e da desapropriação segundo o conceito abstrato e político da propriedade moderna e dos seus corolários, que são adaptáveis às mais diversas situações. Essa mentalidade proprietária produziu uma determinada concepção ampliada de propriedade e, como consequência, de desapropriação, uma vez que a propriedade moderna é identificada como exteriorização da personalidade humana. Tudo o que é pessoal ou atribuído ao indivíduo, se torna propriedade.

Foi o que se percebeu com a invocação, pela literatura jurídica do Império, à desapropriação do trabalho escravo, que assegurou indenizações aos “proprietários”, como garantia da sua “propriedade”, quando a escravidão, enquanto instituição, foi abolida do ordenamento jurídico. Com efeito, o que ocorreu com a abolição do trabalho escravo, para justificar sua indenização, não foi desapropriação; foi política. Houve o uso político da concepção de propriedade e a invocação a “direitos adquiridos” para legitimar indenizações pela alteração da legislação. Em tese, até poderia haver solução de indenização, por decisão política; mas não sob o pálio da desapropriação, a não ser que se amplie o seu sentido.

Por sua vez, também é o que se percebe na contemporaneidade, quando se invoca a desapropriação para assegurar indenizações por limitações e restrições administrativas, tais como as que sofrem os proprietários de terras atingidas por área de preservação ambiental, ou os empresários que têm proscrita sua atividade empresarial porque assumida pelo Estado. Quer

dizer, algo semelhante ao que ocorreu com o trabalho escravo (e com outras discussões, tais como a propriedade de cargos públicos) ocorre também quando se propõe o conceito ampliado de desapropriação para todos os bens, sem questionamento quanto ao estatuto jurídico efetivamente incidente sobre o que se reputa ser um bem expropriável. Isto é, sem se questionar se o ordenamento jurídico alberga essas indenizações; se a situação jurídica dos proprietários e empresários não tem contornos distintos daqueles que se subsomem ao conceito abstrato de propriedade ou de direito subjetivo, e ao procedimento de desapropriação; se as suas expectativas são legítimas etc.

Não se nega a indenização aos que sofrem danos especiais decorrentes da reestruturação do ordenamento jurídico (ou do estabelecimento de limitações e restrições que impõem sacrifícios especiais à liberdade e à propriedade). Mas a indenização, nestes casos, deve ser examinada caso a caso, e se funda no princípio da isonomia, ou da igualdade da distribuição dos encargos públicos; e não num pretense direito subjetivo de propriedade, ou direito adquirido.

A tese observou que essas distintas fundamentações produzem consequências também diferentes. Afinal, quando se invoca a desapropriação, supõe-se aplicar o regime jurídico específico, que protraí a eficácia da atuação do Estado no tempo, eis que a desapropriação não é autoexecutória. Depende da concordância prévia do expropriado, ou mesmo de provimento judicial; e depende, no regime comum (com exceção das desapropriações sancionatórias), do pagamento prévio de indenização.

Em vista disso, a tese postulou que, quando a literatura jurídica brasileira invoca a propriedade na sua acepção moderna, e se refere por exemplo aos seus caracteres dogmáticos (a plenitude, a perpetuidade, a exclusividade, a oponibilidade *erga omnes* etc.), ou invoca o direito de propriedade, genericamente, como direito subjetivo, com os poderes jurídicos do proprietário (tão abstratos quanto a propriedade), deixa de conferir atenção à realidade do ordenamento jurídico, e oferece uma resposta antes de as correspondentes perguntas serem efetivamente formuladas. Um dos efeitos está em a literatura estender a disciplina jurídica da desapropriação, com suas exigências de devido processo legal judicial e indenização prévia, a situações não rigorosamente expropriatórias.

O percurso histórico da propriedade e da desapropriação também propiciou a identificação de alguns pontos de mudança no tratamento do tema pela literatura jurídica. Assim, se no período do Império a desapropriação não era tema de preocupação dos autores de Direito Administrativo, a não ser para divisar as competências da jurisdição administrativa e judicial, passa a ser incluída nos manuais de Direito Administrativo da Primeira República,

notadamente na obra de Viveiros de Castro, e passa a ser objeto exclusivo da dedicação de obras específicas.

Ademais, embora já houvesse referências, no Império, à utilidade social da propriedade, esta consistia em preservar as instituições econômicas, o livre arbítrio e a livre convivência social. Uma exceção figurava da obra de Teixeira de Freitas, que identificava um caráter dual na propriedade, individual e social, reflexo de relações orgânicas entre o indivíduo e a sociedade.

Mas esse cenário começou a mudar na literatura da Primeira República. Viveiros de Castro aludia expressamente a uma função social da propriedade, antes mesmo das alterações legislativas que adotaram a expressão, e dizia que o ato de desapropriação não significava outra coisa senão a constatação da impossibilidade de fazer concordar a função social com a função individual. Rejeitava, ainda, as teorias vinculadas ao domínio eminente do Estado, ou que creditavam ao Estado uma posição fundamental na desapropriação; sustentava que o elemento subjetivo do ato de desapropriação não tem a menor importância, mas somente a causa objetiva de utilidade pública. Nesta tese, atribui-se a mudança ao alcance das obras de León Duguit no Brasil; especula-se que Viveiros de Castro tenha tido acesso às primeiras edições das obras do autor francês, que passa a ser expressamente citado, na Primeira República, na obra de Aarão Reis.

Outro ponto relevante, que evidencia o trânsito das ideias e da legislação entre o Império e a Primeira República, diz respeito às críticas de Solidônio Leite à restrição de audiências dos proprietários sobre os projetos e plantas de desapropriações, e à não admissão de reclamações perante o Poder Judiciário. Durante o Império as audiências e reclamações estavam previstas na legislação, mas houve a revogação paulatina dessas previsões, o que chamou a atenção do autor, que se filiava a uma posição mais garantista da posição do indivíduo proprietário. Ainda na Primeira República, Firmino Whitaker sustentava que a indenização pela desapropriação deveria compreender os direitos de todos os prejudicados (inclusive, por exemplo, o locatário), e é o primeiro autor a admitir a desapropriação para revenda. Chama ainda a atenção que os autores, especialmente Eurico Sodré (citando León Duguit), propõem abandonar a concepção de que os direitos individuais se curvam ao interesse social; de que o Estado teria um “direito de desapropriar”; e de que o fundamento desse direito residiria em uma posição de “supremacia”. Nas palavras do autor, os direitos individuais já nascem e se consolidam com limitações efetivas e potenciais, e a desapropriação não é um direito (subjetivo), nem um fim em si mesma, mas um meio, um “direito funcional”.

A situação muda novamente de figura durante o período que vai de 1930 a 1988. Manteve-se a crítica ao conceito individualista de propriedade, e se denunciava o seu obsolescimento; mas se percebe, em alguns autores, uma tônica no poder do Estado de desapropriar, com a referência a um domínio “confinado” por um interesse “superior” da coletividade, nas palavras de Carlos Maximiliano; a um poder de império do Estado, que exerceria domínio eminente sobre todos os bens nacionais, os quais seriam compulsoriamente devolvidos a esse domínio na hipótese de desapropriação, como expunham Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Já em sentido mais liberal, Seabra Fagundes observava que o interesse coletivo poderia ser expresso tanto no respeito aos demais direitos individuais como nas necessidades gerais e na tutela do interesse público.

É também nesse período que a literatura passa a explicitamente afirmar que todos os direitos, tudo o que pode ser possuído, é propriedade, e pode ser desapropriado. Embora essa concepção já pudesse ser percebida nas obras do Império, quando se usava o argumento da desapropriação para o trabalho escravo, ou para os cargos públicos, é principalmente a partir de 1941, com a edição do Decreto-Lei 3.365, que o tema ganha mais atenção. Isso se reflete, por exemplo, na defesa da desapropriação de ações.

Já para o período que se inicia em 1988, observa-se a continuidade, em Direito Administrativo, das ideias até então vigentes, com algumas alterações a partir do final da década de 1990 e início dos anos 2000. Neste caso, são notáveis o pensamento de Marçal Justen Filho, que desenvolve o raciocínio sobre a necessidade de a desapropriação seguir o devido processo administrativo, com participação dos proprietários, em contraditório; de Alexandre Santos de Aragão, que apresenta uma nova sistematização para a figura da desapropriação indireta, aludindo às expropriações regulatórias, e que introduz a questão da licença compulsória, um “contrato coativo” que substitui a vontade das partes quanto à exploração da propriedade; e de Carlos Ari Sundfeld, que, retomando uma lição de Pontes de Miranda, propõe a extensão do regime expropriatório para todos os sacrifícios de direitos.

Ainda na contemporaneidade, em Direito Civil, observa-se a crítica ferrenha à concepção moderna de propriedade e se defende a existência de propriedades com estatutos jurídicos específicos, de distintas “situações jurídicas subjetivas” à luz do direito positivo. Não obstante, os autores seguem tratando da propriedade como direito subjetivo, alterando apenas a expressão; ou se valem do argumento de uma função social abstrata, integrativa da estrutura do direito de propriedade junto dos poderes do proprietário, para alcançar o outro extremo da interpretação e negar a tutela à propriedade individual, tendo em vista interesses “não proprietários”.

Quanto a este ponto, a tese assinalou, valendo-se da observação de Menezes de Almeida, que a concepção abstrata da função social é igualmente inadequada, ou a concepção que integra a função social à estrutura do direito de propriedade. A lição segundo a qual o descumprimento da função social faz desaparecer o direito de propriedade, como se deixasse de existir a tutela jurídica proprietária, não encontra respaldo no ordenamento jurídico. Cada caso concreto deve ser observado e, mesmo que descumprida a função social prevista para a propriedade (e objetivada na lei), a consequência decorrente do ordenamento jurídico brasileiro não é o desaparecimento da tutela jurídica, mas a imposição de sanção (a desapropriação por interesse social, com pagamento em títulos da dívida pública ou da dívida agrária).

Mas o percurso da propriedade e da desapropriação também evidenciou que a propriedade se transforma como fato real, o que deve ser percebido pelos autores, e que o fato real da propriedade é acompanhado de transformações nas maneiras de sua utilização e fruição na realidade concreta. O Direito constata essas transformações e é demandado a oferecer respostas adequadas. E a função da ciência jurídica é desenvolver mecanismos para compreensão dessa realidade e do ordenamento.

Em contrapartida às transformações da propriedade, a desapropriação também se transforma; não para significar a sua extensão abstrata para “todos os bens”, sem se definir o significado de um “bem”, mas para se identificar mecanismos expropriatórios relacionados a bens distintos, que antes não eram considerados pela literatura, tais como as ações empresariais (e a desapropriação de ações conduz a discussão interessante sobre a dimensão da indenização de empresas operantes) e, até mesmo, a liberdade de contratar (lembrando-se a questão das licenças compulsórias de propriedade industrial, que foram recente e inovadoramente incluídas na sistematização de cursos de Direito Administrativo).

Ao final, a tese propôs que a concepção que se vincula à elevada abstração do direito subjetivo e da propriedade moderna não é a mais adequada, porque é política, ou ideológica, e não jurídica. Mas a tese também reconheceu que a mentalidade proprietária moderna é tão imponente que mesmo os historiadores, que desde logo perceberam a existência de outros modelos de propriedade, aplicam-na para rejeitar, por exemplo, a configuração da posse como propriedade sujeita a desapropriação no período do regime de posses do Império (em que a ocupação era considerada modo de aquisição da propriedade). Ou seja, trata-se de uma questão de difícil tratamento e solução.

Como última contribuição, a tese sugeriu uma abordagem da dogmática que priorize o direito objetivo em face do direito subjetivo, o que importa priorizar a realidade das coisas e o ordenamento jurídico. Resgatou as lições de Kelsen e de Duguit para afirmar a

prioridade objetivo-subjetiva da propriedade, para apontar o que se entende por função ou utilidade social, e demonstrou que a propriedade é uma situação jurídica objetiva, antes de ser considerada direito subjetivo (para quem se vale da expressão).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALENCAR, José de. **A propriedade**. Edição fac-símile (1883). Brasília: Senado Federal / STJ, 2004.

AMERICANO, Jorge. **O Conselheiro Ribas (Antônio Joaquim Ribas)**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1944.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARIÑO-ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público económico. Modelo de estado, gestión pública, regulación económica**. Peru: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional**. 2. ed., rev. e ampl., atual. por Simone Tassinari Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, 2v. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. **A propriedade das minas: estudo de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Antonio Joaquim Ribas (O Conselheiro Ribas)*. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 69, n. 2, p. 239-253, 1974.

BARROS, Juliano Napoleão. *É inconstante substituir o príncipe pelo princípio: breves considerações sobre a crítica de José Ortega y Gasset ao racionalismo revolucionário francês*. **Jus Navigandi (Online)**, v. 13, p. 2222, 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13265/e-inconstante-substituir-o-principe-pelo-principio>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BASTOS, Pedro Paulo Zahluth; e FONSECA, Pedro Cezar Dutra (org.). **A Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade**. São Paulo: UNESP, 2012.



BERLIN, Isaiah. Dois conceitos sobre a liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**, v. 1. Edição fac-símile (sem ano original). Brasília: Senado Federal / STJ, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto 1.021, de 26 de agosto de 1903**. Manda aplicar a todas as obras da competência da União e do Distrito Federal o decreto n. 816, de 10 de julho de 1855, com algumas alterações. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1021-26-agosto-1903-584610-publicacaooriginal-107339-pl.html>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. **Decreto 10.358, de 31 de agosto de 1942**. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d10358.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d10358.htm). Acesso em: 01 jun. 2022

BRASIL. Decreto 1664, de 27 de outubro de 1855. Dá regulamento para execução do Decreto n. 816 de 10 de julho do corrente ano sobre desapropriações para construção de obras e serviços das Estradas de ferro do Brasil. In: **Collecção das Leis do Império do Brasil de 1855**, tomo XVIII, parte II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1856, p. 552 *et seq.*

BRASIL. Decreto 1993, de 12 de outubro de 1857. Concede privilégio por 30 anos para aqueles que identifica, para lavrarem, por meio de uma Companhia, minas no Rio Grande do Sul. *In: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1857*, t. XX, parte II. Rio de Janeiro: NA Typographia Nacional, 1857.

BRASIL. **Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934**. Decreta o Código de Águas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d24643compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643compilado.htm). Acesso em: 14.05.2022.

BRASIL. **Decreto 3.084, de 5 de novembro de 1898**. Aprova a consolidação das leis referentes à Justiça Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3084-5-novembro-1898-509270-norma-pe.html>. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. **Decreto 353, de 12 de julho de 1845**. Designa os casos em que terá lugar a desapropriação por utilidade pública geral, ou municipal da Corte. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/594730/publicacao/15632580>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. **Decreto 4.956, de 9 de setembro de 1903**. Aprova o regulamento de consolidação e modificação do processo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1900-1909/D4956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1900-1909/D4956.htm). Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. **Decreto 602, de 24 de julho de 1890**. Estabelece o processo para as desapropriações por utilidade municipal na Capital Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-602-24-julho-1890-517585-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. Decreto 8.820, de 30 de dezembro de 1882. Aprova o Regulamento para execução da Lei 3.129 de 14 de Outubro de 1882. *In: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1882*, parte II, tomo XLV, vol. II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883.

BRASIL. Decreto 816, de 10 de julho de 1855. Autoriza o governo a estabelecer o processo para a desapropriação dos prédios e terrenos que forem necessários para a construção das obras e mais serviços pertencentes à Estrada de ferro Dom Pedro Segundo, e às outras estradas de ferro do Brasil, e a marcar as regras para a indenização dos proprietários. *In: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1855*, tomo XVI, parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1856.

BRASIL. Decreto 982, de 22 de setembro de 1858. Aprova, com alterações, as condições anexas ao Decreto 1993 de 12 de outubro de 1857. *In: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1858*, t. XIX, parte I. Rio de Janeiro: NA Typographia Nacional, 1858.

BRASIL. Decreto de 21 de maio de 1821. Proíbe tomar-se a qualquer, coisa alguma contra a sua vontade, e sem indenização. *In: Collecção das leis do Brasil de 1821*, parte II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889.

BRASIL. Decreto de 27 de janeiro de 1829. Declara que os súditos do Império não precisam de autorização para empreender a mineração nas terras de sua propriedade por meio de companhias de sócios nacionais e estrangeiros *In: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1829*, parte II. Rio de Janeiro: NA Typographia Nacional, 1877.

BRASIL. **Decreto-lei 1.283, de 18 de maio de 1939.** Dispõe sobre o processo das desapropriações. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1283-18-maio-1939-349151-publicacao-original-1-pe.html>. Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.166, de 11 de março de 1942.** Dispõe sobre as indenizações devidas por atos de agressão contra bens do Estado Brasileiro e contra a vida e bens de brasileiros ou de estrangeiros residentes no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del4166.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%204.166%2C%20DE%2011%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201942.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20indeniza%C3%A7%C3%B5es%20devi%20das,de%20estrangeiros%20residentes%20no%20Brasil](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del4166.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%204.166%2C%20DE%2011%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201942.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20indeniza%C3%A7%C3%B5es%20devi%20das,de%20estrangeiros%20residentes%20no%20Brasil). Acesso em: 18 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei 6.953, de 12 de outubro de 1944.** Autoriza o Govêrno do Estado de Minas Gerais a desapropriar as ações do Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais S. A. e dá outras providências. Disponível em: <https://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:federal:decreto.lei:1944-10-12:6953&url=http%3A%2F%2Flegis.senado.leg.br%2Fnorma%2F532053%2Fpublicacao%2F36477496&exec>. Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. **Lei 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm). Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm). Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 3.129, de 14 de outubro de 1882.** Regula a concessão de patentes aos autores de invenção ou descoberta industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3129.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.129%2C%20DE%2014,de%20inven%C3%A7%C3%A3o%20ou%20descoberta%20industrial](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3129.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.129%2C%20DE%2014,de%20inven%C3%A7%C3%A3o%20ou%20descoberta%20industrial). Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 3.353, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea).** Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm). Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. **Lei 3.396, de 24 de novembro de 1888.** Orça a receita geral do Império para o exercício de 1889 e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-3396-24-novembro-1888-542067-publicacaooriginal-49328-pl.html>. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962.** Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14132.htm). Acesso em: 24 maio 2002.

BRASIL. **Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964.** Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm). Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. **Lei 581, de 4 de setembro de 1850.** Estabelece medidas para a extinção do tráfico de africanos neste Império. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim581.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm). Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 601, de 18 de setembro de 1850.** Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm). Acesso em: 21 maio 2019.

BRASIL. **Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm). Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16766.htm). Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.** Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18629.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.629%2C%20DE%2025%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201993.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20s,Art..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18629.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.629%2C%20DE%2025%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201993.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20s,Art..) Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar 76, de 6 de julho de 1993.** Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp76.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp76.htm). Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei de 11 de Agosto de 1827.** Cria dois cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm). Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei de 16 de agosto de 1834.** Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de Outubro de 1832. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim16.htm#:~:text=LIM%2016&text=LEI%20N%C2%BA%2016%20DE%2012%20DE%20AGOSTO%20DE%201834.&text=Faz%20algumas%20altera%C3%A7%C3%B5es%20e%20addi%C3%A7%C3%B5es,12%20de%20Outubro%20de%201832.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16.htm#:~:text=LIM%2016&text=LEI%20N%C2%BA%2016%20DE%2012%20DE%20AGOSTO%20DE%201834.&text=Faz%20algumas%20altera%C3%A7%C3%B5es%20e%20addi%C3%A7%C3%B5es,12%20de%20Outubro%20de%201832.) Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. **Lei de 29 de agosto de 1828.** Estabelece regras para a construção das obras públicas, que tiverem por objeto a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-29-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-)

[8-1828.htm#:~:text=LIM%2D29%2D8%2D1828&text=LEI%20DE%2029%20DE%20AGOSTO,%2C%20pontes%2C%20calçadas%20ou%20aqueductos](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-9-9-1826.htm#:~:text=LIM%2D29%2D8%2D1828&text=LEI%20DE%2029%20DE%20AGOSTO,%2C%20pontes%2C%20calçadas%20ou%20aqueductos). Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. **Lei de 9 de setembro de 1826**. Marca os casos em que terá que lugar a desapropriação da propriedade particular por necessidade, e utilidade pública e as formalidades que devem preceder a mesma desapropriação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-9-9-1826.htm#:~:text=LEI%20DE%209%20DE%20SETEMBRO,devem%20preceder%20a%20mesma%20desapropri%C3%A7%C3%A3o](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-9-9-1826.htm#:~:text=LEI%20DE%209%20DE%20SETEMBRO,devem%20preceder%20a%20mesma%20desapropri%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória 700**, de 8 de dezembro de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/mpv/mpv700.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/mpv/mpv700.htm). Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Resolução 76, de 17 de julho de 1822**. Manda suspender a concessão de sesmarias futuras até a convocação da Assembleia Geral Constituinte. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/conteudo/colecoes/legislacao/Legimp-F\\_63.pdf](https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/conteudo/colecoes/legislacao/Legimp-F_63.pdf). Acesso em: 21 abr. 2022.

CALMON, Pedro. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937.

CAMPELLO, André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil**. Jundiá: Paco, 2018.

CAMPOS, Francisco. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Pontes de Miranda e a Administração Pública: o pensamento ponteano no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira, 1891: comentada**. Ed. fac-similar (1902). Brasília: Senado Federal, 2002.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**, v. III, 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**, v. III, Do poder de polícia – Das águas – Das minas – Dos bens, 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956.

CIRNE LIMA, Ruy. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. 4. ed. fac-símile. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1990.

CIRNE LIMA, Ruy. **Sistema de direito administrativo brasileiro**, I, Introdução. Porto Alegre: Gráfica Editora Santa Maria, 1953.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.

COMPARATO, Fabio Konder. *Raymundo Faoro historiador*. **Estudos Avançados**, v. 17, n. 48, p. 330-337. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9939>. Acesso em: 04 abr. 2020.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixo. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, s.p., eBook Kindle.

CONSELHEIRO RIBAS. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 2v. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro Editor, 1880.

CONSELHEIRO RIBAS. **Da posse e das ações possessórias – segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico**. Nova edição. São Paulo: Miguel Melillo & Cia, Grande Livraria Paulista, 1901.

CONSELHEIRO RIBAS. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & Cia., 1866.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas (uma análise do ensino do direito de propriedade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado geral da desapropriação**, 2v. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CUSTODIO, Vinícius Monte. **Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CYRINO, André Rodrigues. *Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Desapropriações para fins urbanísticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DANTAS, Bruno. Tipicidade dos direitos reais. **Revista Jurídica da Presidência** n. 121, p. 439-463, jun./set. 2018.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

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

DIAS, Rafael Ayres de Carvalho; CAMPOS NETO, Candido Malta. *A Usina Elevatória de Traição e os projetos para a conformação territorial urbana no vale do Rio Pinheiros: São Paulo, 1909-1950*. In: PEIXOTO, Elane Ribeiro; PALAZZO, Pedro P.; DERNTL, Maria Fernanda; TREVISAN, Ricardo (org.). **Tempos e Escalas da Cidade e do Urbanismo. XIII**

**Seminário de História da Cidade e do Urbanismo.** Brasília: Editora FAU–UnB, 2014. Disponível em: <https://shcu2014.com.br/territ%C3%B3rio/317.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

DUGUIT, Léon. **L'État, le droit objectif et la loi positive.** Paris: Fontemoing, 1901.

DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon.** Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.

DUGUIT, León. **Manuel de droit constitucional.** 2. ed. Paris: Fontemoing & C., Éditeurs, 1911.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel,** 3. ed., tomo 1 (La règle de droit – Le problème de l'État). Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, 1927, p. 204-205.

DUGUIT, León. **Traité de droit constitutionnel,** t. 2. Paris: Fontemoing, 1911.

DUTRA, Pedro. **A literatura jurídica no Império.** Rio de Janeiro: Topbooks, 1992.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto Estadual 38.548/1961.** Dispõe sobre a desapropriação de ações da Companhia Paulista de Estradas de Ferro. Disponível em: <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=19610602&Caderno=Poder%20Executivo&NumeroPagina=1>. Acesso em: 24 maio 2022.

ELIAS, Maria Lígia G. Granado Rodrigues. Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa. **VIII Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política – ABCP,** 2012. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/02/isaiah-berlin-e-debate-sobre-liberdade-positiva-e-liberdade.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil* francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de Informação Legislativa** n. 198, p. 59-88, abr./jun. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural).** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. **Revista dos Tribunais,** v. 621, p. 16-39, jul./1987, disponível em Revista dos Tribunais Online, s.p.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.* In: BITTAR, Eduardo. C. B. e FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização.** Osasco: EDIFIEO, 2006.

FERRAZ, Sérgio. **Desapropriação: indicações de doutrina e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Forense, 1972.

FIDALGO, Vitor Palmela. **As licenças compulsórias de direitos de propriedade industrial.** Coimbra: Almedina, 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A *Lei de Terras* e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuário Mexicano de História del Derecho**, v. XVII, 2005, p. 97-112. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/issue/view/1653>. Acesso em: 24 abr. 2018.

FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle**. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069414?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR\\_DIFF](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069414?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF). Acesso em: 04 jan. 2022.

FRANÇA. **Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique**. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006074224/2002-02-28/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006074224/2002-02-28/). Acesso em: 04 jan. 2022.

FRANÇA. **Código Civil Francês de 1804**. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721/1804-03-29](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/1804-03-29). Acesso em 22 mar. 2020.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 17 nov. 2021.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. rev., atual. e aum. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Orlando. *Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade*. **Revista da Faculdade de Direito do Ceará**, v. 6, p. 161-181, 1952.

GÓMEZ, Joaquín Dualde. **La propiedad no es la propiedad**. Barcelona: Imprenta Clarasó, 1956.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernanin Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUANDALINI, Walter. **História do direito administrativo brasileiro – Formação (1821-1895)**. Curitiba: Juruá, 2016.

GUANDALINI, Walter. **Raízes históricas do direito administrativo brasileiro. Fontes do direito administrativo na doutrina brasileira do século XIX (1857-1884)**. Curitiba: Appris, 2019.



HESPANHA, António Manuel. *O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa liberal em Portugal*. **Análise Social**, v. XVI, p. 211-236, 1980.

JAGUARIBE, Hélio. **Desenvolvimento econômico e desenvolvimento político**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LAUTENSCHLÄGER, Flávio de Almeida Camargo. *Abuso de direito*. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/478/edicao-1/abuso-de-direito>. Acesso em: 09 mar. 2022.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEITE, Solidônio. **Desapropriação por utilidade pública**. Nova edição, de acordo com o Código Civil. Rio de Janeiro: Editores – J. Leite & C.<sup>a</sup>, 1921.

LIMA PEREIRA (Da propriedade no Brasil. São Paulo: Casa Duprat, 1932.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos: Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **A questão jurídico-social da propriedade e de sua perda pela desapropriação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Teoria e prática da desapropriação**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCELINO, Raphael. **O direito da propriedade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MASAGÃO, Mário. **Conceito do direito administrativo**. São Paulo: Escolas Profissionais de Lyceu Coração de Jesus, 1926.

MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**, 4. ed., v. III. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Destinação dos bens expropriados**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 14. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

MENDES DA COSTA FILHO, João. **Propriedade-Desapropriação-Inquilinato: o “bem estar social” da Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1953.

MENDES DE ALMEIDA, Cândido. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, recompiladas por mandado D’El-Rey D. Philippe I**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Dos instrumentos da política urbana*. In: MEDAUAR, Odete; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias (coord.). **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários**, p. 41-119. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *O corpo de doutrina jurídico da Revolução de 1932 e sua influência sobre o regime constitucional brasileiro de 1934*. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159-194.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Responsabilidade civil do Estado*. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Tratado de direito administrativo: controle da Administração Pública e responsabilidade do Estado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos*. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; e POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). **Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6-23.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Tratamento constitucional da autonomia municipal e da função social da propriedade urbana – noções gerais*. **Cadernos Jurídicos (Escola Paulista da Magistratura)**, v. 46, p. 77-82, 2017. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/du%20i%205.pdf?d=636682907232710476>. Acesso em: 29 abr. 2020.

MILTON, Aristides Augusto. **A Constituição do Brasil: notícia histórica, texto e comentário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898, p. 404.

MORAIS DA COSTA, Thales. Direitos e liberdades. In: MORAIS DA COSTA, Thales (coord.). **Introdução ao direito francês**, v. 1. Curitiba: Juruá, 2011 (reimpressão), p. 201.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**, v. I. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MOTA, Carlos Guilherme; AMBROSINI, Diego Rafael; FERREIRA, Gabriela Nunes; CACCIA, Natasha Schmitt (coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro, século XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (coord.). **Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NIEBUHR, Karlin Olbertz. *Instrumentos jurídicos e políticos da política urbana*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; GREGO-SANTOS, Bruno (coord.). **Direito urbanístico: estudos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NIEBUHR, Karlin Olbertz. *Problemas práticos da desapropriação por concessionárias*. In: ISSA, Rafael Hamze; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; TAFUR, Diego Jacome Valois (org.). **Experiências Práticas em Concessões e PPP**, v. 2. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2019.

NIEBUHR, Karlin Olbertz. *Regimes da desapropriação: a crítica de Hely Lopes Meirelles*. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 700-718.

NIEBUHR, Karlin Olbertz. *Requisitos de validade das requisições administrativas*. In: JUSTEN FILHO, Marçal *et al.* **Covid-19 e o direito brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020. E-book Kindle, s.p.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Desapropriação para fins de reforma agrária**. 3. ed. rev. e atual. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Propriedade resolúvel. In: NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon; CARDOSO, Patrícia Silva; e D'ELIA JUNIOR, Antônio (coord.).

**Propriedade privada: anais da I Jornada Ítalo-Brasileira de Direito Privado.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NOVA School of Law. **Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769.** Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7599.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

OLBERTZ, Karlin. **Operação urbana consorciada.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PAIM, Antonio, **História do liberalismo brasileiro.** 2. ed. São Paulo: LVM Editora, 2018, p. 77.

PEDROZA, Manoela. *Desapropriações que criam proprietários: o caso das vendas, expropriações e indenizações de terras particulares no Rio de Janeiro (Brasil, 1870-1910).* In: VAZELESK, Vanderlei e GARCIA, Graciela (org.). **Vozes da Terra.** Rio de Janeiro: Multifoco, 2014, p. 193-208. Disponível em: [https://www.academia.edu/31431765/Desapropria%C3%A7%C3%B5es\\_que\\_criam\\_propriet%C3%A1rios\\_o\\_caso\\_das\\_vendas\\_expropria%C3%A7%C3%B5es\\_e\\_indeniza%C3%A7%C3%B5es\\_de\\_terras\\_particulares\\_em\\_Campo\\_Grande\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_Brasil\\_1870\\_1910\\_In\\_Vazelesk\\_Vanderlei\\_e\\_Garcia\\_Gracie\\_la\\_orgs\\_Vozes\\_da\\_Terra\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_Multifoco\\_2014\\_pp\\_193\\_208](https://www.academia.edu/31431765/Desapropria%C3%A7%C3%B5es_que_criam_propriet%C3%A1rios_o_caso_das_vendas_expropria%C3%A7%C3%B5es_e_indeniza%C3%A7%C3%B5es_de_terras_particulares_em_Campo_Grande_Rio_de_Janeiro_Brasil_1870_1910_In_Vazelesk_Vanderlei_e_Garcia_Gracie_la_orgs_Vozes_da_Terra_Rio_de_Janeiro_Multifoco_2014_pp_193_208). Acesso em: 17 mar. 2022.

PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. **A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social.** 3 partes. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1867.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas,** 2v. Edição fac-símile (1943). Brasília: Senado Federal / STJ, 2004.

PEREIRA, Sylvio. **O poder de desapropriar.** Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1948.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140-141.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império.** Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967,** t. V (arts. 150, § 2º - 156). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

PORTALIS, Jean Etienne Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil.** Disponível em: [https://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf). Acesso em: 20 jun. 2022.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas.** Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p789.htm>. Acesso em: 17 nov. 2021.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil.** 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977.

QUEIROZ ANDRADE, Leticia. **Desapropriação de bens públicos (à luz do princípio federativo).** São Paulo: Malheiros, 2006.

REALE, Miguel. **Direito administrativo (estudos e pareceres).** Rio de Janeiro: Forense, 1969.

REALE, Miguel. **O projeto do Novo Código Civil**. 2. ed. reform. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics Villas-Boas & C., 1923.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Desapropriação e devido processo legal*. **Interesse Público**, n. 61, p. 83-107, mai./jun. 2010.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *Desapropriações promovidas por particulares: entre as experimentações normativas e a prática*. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC**, v. 24, p. 41-61, mai./jun. 2016.

RIBEIRO DO VAL NETO, Pedro. **Desapropriação por entidade privada: consequências para a aquisição, execução, competência, registro e tributação**. São Paulo: Editora Pillares, 2012.

RODOTÁ, Stefano. **El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada**. Trad. de Luis Díez-Picazo. Santiago, Chile: Ediciones Olejnik, 2019.

RODRIGUES DE ALCKMIN, José Geraldo. *Discurso*. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Manuel da Costa Manso (centenário do seu nascimento)**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Tratado de la posesion, segun los principios de derecho romano**. S/ tradutor. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipografica, 1845.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro na segunda metade do Século XIX ao Código Civil de 1916**. 2009. 220p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Dimensão jurídica e formas de apropriação no Brasil*. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p.29-64, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Desapropriação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997.

TÁCITO, Caio. *Desapropriação de ações no direito brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**, n. 126, p. 1-20, out./dez. 1976, p. 2-3.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TÁCITO, Caio. *Problemas atuais da desapropriação*. **Fórum Administrativo Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 8, n. 92, out. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55339>. Acesso em: 27 maio 2020.

TAFUR, Diego Jacome Valois. **Desapropriação e reassentamento em projetos de concessão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

TARTUCE, Flávio. *A desapropriação judicial privada por posse-trabalho e o caso da favela Pullman. Semelhanças e diferenças. Concretizando a função social da propriedade e da posse*. **Revista de Direito Privado**, n. 54/2013, p. 129-160, abr./jun. 2013.

TEIXEIRA DE FREITAS SENIOR, Augusto. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: B. L. GARNIER - Livreiro Editor, 1882

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**, vol. 1. Edição fac-símile (1876). Brasília: Senado Federal, 2003.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das Leis Civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**, 4. 2v. Edição fac-símile (1871). Brasília: Senado Federal / STJ, 2004.

TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**, v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: B. L. GARNIER – Livreiro Editor, 1871.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **Expropriações regulatórias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 84.

VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o direito administrativo**, t. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1912.

WALD, Arnaldo. **Direito das coisas**. 4. ed. rev. ampl. e atual., com a colaboração de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

WHITAKER, Firmino Antônio da Silva. **Desapropriação (Estado de São Paulo)**. 2. ed. São Paulo: Seção de Obras d'o Estado de São Paulo, 1924.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

## APÊNDICE A – Legislação do Império

Como contribuição, cabe referência às principais normas jurídicas que, no Império do Brasil, versavam sobre a desapropriação, tendo em vista a dificuldade de sua compilação diante do longo tempo decorrido desde então.

O exame dessa legislação, como uma espécie de apêndice ao exame da literatura (objeto efetivo desta tese), confirma as afirmações anteriores de extensão da garantia da propriedade, sob a perspectiva da desapropriação, às situações jurídicas próprias da época, e confirma a prevalência do ideário liberal e o prestígio às posições individuais.

### 9.1.1 A Lei de 9 de setembro de 1826

A Lei de 9 de setembro de 1826 regulamentou a desapropriação prevista no art. 179, § 22, da Constituição do Império.<sup>588</sup> No artigo 1º, reiterava o texto do art. 179, § 22, da Constituição, para afirmar que a desapropriação figurava como “a única exceção feita à plenitude do direito de propriedade”.

Nessa lei estão contidas as primeiras referências à desapropriação por necessidade e por utilidade públicas. O mesmo artigo 1º previa que a necessidade se verificava em vista do uso ou do emprego da propriedade de alguém para defesa do Estado, segurança pública, socorro público em tempo de fome ou extraordinária calamidade e salubridade pública. O artigo 2º admitia a desapropriação motivada por “utilidade previamente verificada por ato do Poder Legislativo”, para casos de uso e emprego da propriedade por instituições de caridade, fundações de casas de instrução de mocidade, para comodidade geral e decoração. Eram essas as utilidades sociais não individuais reconhecidas como legítimas, pela legislação, para fundamentar uma desapropriação.

A distinção entre a necessidade e a utilidade pública se dava tanto do ponto de vista do conteúdo que se pretendia expressar (de um lado, uma necessidade atrelada à ideia de estado de necessidade; de outro, uma espécie de utilidade social não emergencial) quanto do ponto de vista da competência para verificação das hipóteses previstas na norma.

---

<sup>588</sup> BRASIL. **Lei de 9 de setembro de 1826**. Marca os casos em que terá que lugar a desapropriação da propriedade particular por necessidade, e utilidade pública e as formalidades que devem preceder a mesma desapropriação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-9-9-1826.htm#:~:text=LEI%20DE%209%20DE%20SETEMBRO,dever%20preceder%20a%20mesma%20desapropria%C3%A7%C3%A3o](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-9-9-1826.htm#:~:text=LEI%20DE%209%20DE%20SETEMBRO,dever%20preceder%20a%20mesma%20desapropria%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 22 abr. 2021.



Assim, o artigo 3º atribuía ao juiz do domicílio do proprietário a verificação dos casos de necessidade, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Pública e audiência do proprietário; mas atribuía a “ato do Corpo Legislativo” a verificação dos casos de utilidade, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Pública e apresentação da resposta do proprietário. É o que se extrai do artigo 3º, a seguir reproduzido:

Art. 3º A verificação dos casos de necessidade, a que se destinar a propriedade do cidadão, será feita a requerimento do Procurador da Fazenda Pública, perante o Juiz do domicílio do proprietário, com audiência dele; mas a verificação dos casos de utilidade terá lugar por ato do Corpo Legislativo, perante o qual será levada a requisição do Procurador da Fazenda Pública, e a resposta da parte.

Os artigos 4º e 5º referiam-se à indenização, que deveria ser prévia à desapropriação e calculada segundo o valor intrínseco à propriedade, a sua localidade e o “interesse que dela tira o proprietário”. O valor deveria ser fixado por árbitros nomeados pelo Procurador da Fazenda e pelo dono da propriedade.

A Lei ainda se referia a um instrumento jurídico que pode ser aproximado ao que hoje se denomina de requisição administrativa. No artigo 8º, previa que, “no caso de perigo iminente, como de guerra, ou comoção”, para “tomar posse” do uso ou mesmo o domínio da propriedade, “cessarão todas as formalidades”. Mas o dispositivo não admitia postergar o pagamento de indenização nem deixar de atender ao que fora previsto nos artigos 5º e 6º (“logo que seja liquidado o seu valor, e cumprida a disposição dos arts. 5º e 6º, reservados os direitos, para se deduzirem em tempo oportuno”).

#### 9.1.2 A Lei de 21 de maio de 1828

A desapropriação volta a ser referida pela legislação com a Lei de 29 de agosto de 1828, que estabeleceu regras para a construção de obras públicas que tivessem por objeto a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos.<sup>589</sup>

No artigo 17, a Lei previu que os “proprietários” atingidos por estradas ou demais obras “serão atendidos em seus direitos nos termos da Lei de 9 de Setembro de 1826”, com

---

<sup>589</sup> BRASIL. **Lei de 29 de agosto de 1828**. Estabelece regras para a construção das obras públicas, que tiverem por objeto a navegação de rios, abertura de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aquedutos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-29-8-1828.htm#:~:text=LIM%2D29%2D8%2D1828&text=LEI%20DE%2029%20DE%20AGOSTO,%2C%20pontes%2C%20calçadas%20ou%20aqueductos](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-8-1828.htm#:~:text=LIM%2D29%2D8%2D1828&text=LEI%20DE%2029%20DE%20AGOSTO,%2C%20pontes%2C%20calçadas%20ou%20aqueductos). Acesso em: 17.08.2020. Veja-se que era um momento de desenvolvimento da navegação a vapor, das estradas e das estradas de ferro no país.

indenização “não só das benfeitorias, mas até do solo, quando à vista dos seus títulos se mostre que devam ser isentos de os dar gratuitamente”.

### 9.1.3 A Lei de 16 de agosto de 1834 (Ato Adicional)

Em 1834, a Constituição do Império foi reformada. A reforma deu-se pela Lei de 16 de agosto de 1834, que ficou conhecida como Ato Adicional. No artigo 10, § 3º, a Lei atribuiu às Assembleias a competência para legislar “sobre os casos e a forma por que pode ter lugar a desapropriação por utilidade municipal ou provincial”.<sup>590</sup>

### 9.1.4 O Decreto 353, de 12 de julho de 1845

Em 1845, o Decreto 353, no artigo 1º, tratava especificamente da “desapropriação para utilidade pública geral, ou municipal da Corte”, para construção de edifícios e equipamentos públicos; fundação de povoações, hospitais e casas de caridade ou de instrução; aberturas, alargamentos ou prolongamentos de estradas, ruas, praças e canais; construção de pontes, fontes, aquedutos, portos, diques, cais, pastagens e quaisquer estabelecimentos destinados à comodidade ou servidão pública; e construções ou obras destinadas à decoração ou à salubridade pública (§§ 1º a 5º).

As hipóteses de utilidade que justificavam a desapropriação receberam, pelo Decreto 353, a adjetivação “pública”, e passaram a figurar de um rol amplo de obras e atividades de interesse social.

O artigo 23 previa a fixação de indenizações distintas em favor das partes que as reclamassem sobre títulos diferentes, exceto no caso do usufruto, quando proprietário e usufrutuário deveriam exercer seus direitos sobre uma única indenização fixada. O artigo 26 estabelecia que a definição do valor da indenização pelos jurados deveria atender à localidade, ao tempo, ao valor em que ficar o resto da propriedade por causa da nova obra (caso o proprietário não requeira a desapropriação total, nos termos do artigo 25), ao dano que provier

---

<sup>590</sup> BRASIL. **Lei de 16 de agosto de 1834**. Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de Outubro de 1832. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim16.htm#:~:text=LIM%2016&text=LEI%20N%C2%BA%2016%20DE%2012%20DE%20AGOSTO%20DE%201834.&text=Faz%20algumas%20altera%C3%A7%C3%B5es%20e%20addi%C3%A7%C3%B5es,12%20de%20Outubro%20de%201832](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16.htm#:~:text=LIM%2016&text=LEI%20N%C2%BA%2016%20DE%2012%20DE%20AGOSTO%20DE%201834.&text=Faz%20algumas%20altera%C3%A7%C3%B5es%20e%20addi%C3%A7%C3%B5es,12%20de%20Outubro%20de%201832). Acesso em: 17.08.2020. A interpretação de alguns dispositivos do Ato Adicional foi disciplinada pela Lei 105, de 12 de maio de 1840 (Lei de Interpretação do Ato Adicional), que não produziu nenhuma inovação no tocante à propriedade e à desapropriação.

da desapropriação e quaisquer outras circunstâncias que influam no preço, exceto as construções, benfeitorias e plantações realizadas depois de conhecido o plano das obras.

Os artigos 4º a 8º do Decreto asseguravam aos proprietários o direito a reclamações que podiam conduzir à revisão dos planos das obras e à conseqüente revisão das desapropriações. Os dispositivos estabeleciam:

Art. 4º O Secretário da Câmara Municipal certificará as publicações por bando, e por editais, e lavrará termo de comparecimento dos proprietários tomando-lhes as declarações, e reclamações que fizerem verbalmente, e anexando as que lhe forem apresentadas, ou dirigidas por escrito.

Art. 5º Findos os dez dias, a Câmara Municipal, unindo a si dois Engenheiros, e na falta, peritos (não sendo os que levantarão o plano), receberá as reclamações dos proprietários, e ouvindo as pessoas que entender conveniente, dará o seu parecer.

Todos estes atos findarão em vinte dias improrrogáveis, seguidos aos dez precedentes; e lavrado termo de quanto ocorrer, será tudo remetido ao Presidente da Província.

Art. 6º Se o Presidente da Província, em vista das reclamações e observações dos proprietários, e parecer da Câmara Municipal, entender que o plano primitivo deva sofrer alteração, e esta compreender outros prédios particulares, mandará praticar a respeito destes as formalidades do art. 2º, e seguintes.

Art. 7º O Presidente da Província remeterá tudo com o seu parecer ao Governo Imperial, a quem compete aprovar definitivamente os planos das obras, para cuja execução for necessário cessão de propriedades particulares por motivo de utilidade pública geral, ou municipal da Corte.

Art. 8º Quando as obras, de que trata o art. 1º, forem projetadas na Corte, a Câmara Municipal remeterá diretamente ao Ministro do Império as reclamações, e observações que fizerem as partes; e se as ditas obras forem projetadas pela mesma Câmara Municipal da Corte e a desapropriação for exigida por ela, por utilidade Municipal, não terão lugar as disposições do art. 5º, e seguintes. Neste caso, praticadas as formalidades dos arts. 2º, 3º, e 4º, a referida Câmara remeterá os documentos e plantas, com a sua requisição, ao Ministro do Império, perante quem poderão os proprietários fazer suas reclamações, e observações no espaço estabelecido no art. 5º, devendo o Ministro ouvir a Câmara sobre tais reclamações, se parecerem atendíveis.

As previsões evidenciam o relevo conferido à garantia da propriedade e a ênfase no indivíduo, mesmo diante de pretensões sociais. Isso se confirma pelas previsões quanto ao valor da indenização, que não deveria contemplar apenas o valor venal do bem expropriado, mas compreender a integralidade do sacrifício imposto ao proprietário e aos demais atingidos pela desapropriação. E também pela oportunidade assegurada aos proprietários de formular reclamações e observações sobre os planos das obras cuja realização pedia a desapropriação, isto é, a oportunidade apresentarem seus pontos de vista e influenciarem a decisão quanto à

desapropriação. Houve uma alteração radical da postura normativa quanto a esse ponto, ao longo da história do Brasil.

Ainda nos termos do Decreto, em todos os casos, a aprovação definitiva dos planos das obras devia se fazer por Decreto do Governo Imperial. Uma vez editado o Decreto, entendia-se “verificado o bem público para se exigir o uso, ou emprego das propriedades particulares compreendidas nos planos” (artigo 9º), e abria-se a via para o poder Judiciário (“Juiz do Cível de primeira instância”) pronunciar a desapropriação.<sup>591</sup>

Os requisitos para a pronúncia da desapropriação figuravam do artigo 11; em suma, incluíam Lei ou Decreto Imperial que autorizasse as obras ou estabelecimentos previstos no artigo 1º; Decreto Imperial de aprovação dos planos das obras; plantas das propriedades particulares compreendidas nos planos, com indicação dos proprietários; certidão de confirmação da prática das formalidades exigidas para aprovação definitiva dos planos; e citação dos proprietários e suas mulheres (§§ 1º a 5º).

Também cabia aos proprietários, nos termos do artigo 12, declarar em Juízo os “nomes dos inquilinos, ou rendeiros, e possuidores de benfeitorias, e de servidões reais que podem ser prejudicados pela desapropriação”, apresentando cópia autêntica dos contratos respectivos. A ausência de declaração resultava na imposição ao proprietário da obrigação de indenizar os terceiros pelo que houvessem perdido em virtude da desapropriação. Mais adiante se verá que também houve uma alteração radical da postura normativa quanto a esse ponto, ao longo da história do Brasil.

Enfim, ausente a concordância do proprietário ou demais interessados com o valor da indenização, devia ser instituído um júri para fixá-lo. O Decreto previa com minúcias a composição e o funcionamento desse júri, nos artigos 16 a 18. Em suma, o Juiz deveria designar, na lista de jurados do Município onde situadas as propriedades objeto de desapropriação, dezoito proprietários nela inscritos, que comporiam uma lista especial para escolha de três deles por cada uma das partes envolvidas na desapropriação (proprietário e “Procurador ou Agente da desapropriação”), e de um deles pelo próprio Juiz. Nenhum jurado, evidentemente, poderia ser interessado na desapropriação ou na indenização.

Se fossem muitos os coproprietários ou interessados na indenização, a escolha deveria ser feita por acordo; ausente o acordo, e sendo três coproprietários ou interessados, cada

---

<sup>591</sup> Esse elemento permite questionar a já referida “desclassificação” da matéria da desapropriação, que seria retirada do Poder Judiciário para se integrar ao contencioso administrativo, conforme a literatura.

um nomearia um jurado; sendo mais, previa-se que a sorte decidiria qual proprietário nomearia um, ou mais de um jurado.

Também é digno de nota que o artigo 34 do Decreto 353 atribuía a promoção das desapropriações aos empresários encarregados da execução das obras públicas, “usando dos mesmos direitos do Procurador da Coroa, e da Câmara Municipal”. Há similitude, neste ponto, com a disciplina até hoje vigente.

#### 9.1.5 O Decreto 816, de 10 de julho de 1855, e seus regulamentos

O Decreto 816, de 10 de julho de 1855, autorizava o governo a estabelecer o processo para a desapropriação dos prédios e terrenos necessários para as obras e serviços da Estrada de Ferro de Dom Pedro II, e a outras estradas do Brasil, e marcava as regras para indenização dos proprietários; sua execução foi regulamentada pelo Decreto 1930, de 26 de abril de 1857, e pelo Decreto 1664 de 27 de outubro de 1855.

Uma alteração importante da disciplina da desapropriação, produzida pelos Decretos 1930 e 1664, consistiu em extinguir a fase de reclamação dos proprietários no processo de verificação das condições para a desapropriação, que era assegurada pelo Decreto 353 de 1845.

Em ambos os diplomas figurou um artigo 2º, que dizia que a aprovação dos planos das obras das estradas de ferro constituía a desapropriação de todos os prédios neles compreendidos, em favor dos empresários e companhias construtoras.

Ao final, previa que “nenhuma Autoridade judiciaria ou administrativa poderá admitir reclamação ou contestação contra a desapropriação resultante da aprovação das plantas por Decreto.” Especula-se que a previsão possa ter decorrido da necessidade concreta de imprimir celeridade ao início das obras.<sup>592</sup>

#### 9.1.6 A Lei 3.129, de 14 de outubro de 1882, e seu regulamento

---

<sup>592</sup> No mesmo sentido: REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas Villas-Boas & C., 1923, p. 348.

A concessão de patentes de invenção ou descoberta era disciplinada pela Lei 3.129, de 14 de outubro de 1882, que fora regulamentada pelo Decreto 8.820, de 30 de dezembro de 1882.<sup>593</sup>

O art. 1º da Lei estabelecia que “A lei garante pela concessão de uma patente ao autor de qualquer invenção ou descoberta a sua propriedade e uso exclusivo.” O § 4º tratava dos privilégios da exclusividade e do melhoramento da invenção, que vigoraria por até 15 anos, e acrescentava: “Se, durante o privilégio, a necessidade ou utilidade pública exigir a vulgarização da invenção, ou o seu uso exclusivo pelo Estado, poderá ser desapropriada ap atente, mediante as formalidades legais.”

O art. 20 do Decreto, por sua vez, previa:

Art. 20. Se a necessidade ou utilidade pública exigir a vulgarização da invenção, ou o seu uso exclusivo pelo Estado, poderá a patente ser desapropriada de conformidade com a legislação em vigor.  
A desapropriação abrangerá a invenção principal, os melhoramentos respectivos garantidos com patente e toda a indústria privilegiada, em efetivo exercício.

#### 9.1.7 A Lei 3.396, de 24 de novembro de 1888

Enfim, constaram da lei do orçamento de 1889 (a Lei 3.396, de 24 de novembro de 1888<sup>594</sup>) previsões sobre a desapropriação de águas. O art. 21 admitiu a desapropriação de águas para abastecimento de povoações, mediante aplicação do Decreto 1.664, de 27 de outubro de 1855 (cf. supra), com algumas modificações.

Em suma, previu-se a definição do valor da indenização por dois árbitros, nomeados um por quem promovesse a desapropriação, outro pelo proprietário, com desempate pelo juiz caso não concordassem com o valor da indenização (art. 21, inc. I). O valor deveria corresponder “ao volume ou força motora de que efetivamente utilizar-se o proprietário, ao tempo da desapropriação”, aplicáveis determinados limites (art. 21, inc. II e III); por outro lado,

---

<sup>593</sup> BRASIL. **Lei 3.129, de 14 de outubro de 1882**. Regula a concessão de patentes aos autores de invenção ou descoberta industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3129.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.129%2C%20DE%2014,de%20inven%C3%A7%C3%A3o%20ou%20descoberta%20industrial](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3129.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.129%2C%20DE%2014,de%20inven%C3%A7%C3%A3o%20ou%20descoberta%20industrial). Acesso em: 28.04.2022; e BRASIL. Decreto 8.820, de 30 de dezembro de 1882. Aprova o Regulamento para execução da Lei 3.129 de 14 de Outubro de 1882. In: **Collecção das Leis do Império do Brazil de 1882**, parte II, tomo XLV, vol. II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883, p. 636 *et seq.*

<sup>594</sup> BRASIL. **Lei 3.396, de 24 de novembro de 1888**. Orça a receita geral do Império para o exercício de 1889 e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-3396-24-novembro-1888-542067-publicacaooriginal-49328-pl.html>. Acesso em: 28.04.2022.

caso o abastecimento exigisse construções em terrenos próximos ou adjacentes aos mananciais, caberia também a sua desapropriação, garantida indenização (art. 22), e se o estabelecimento do proprietário ficasse prejudicado pela desapropriação, sem água suficiente para sua exploração, caberia também a sua desapropriação, garantida indenização (art. 23).

Além da indenização, era garantida ao proprietário “a quantidade de água necessária ao consumo doméstico, fazendo-se para esse fim as convenientes derivações” (art. 24).