Wilton Luis da Silva Gomes

INOVAÇÕES NO REGIME JURÍDICO DAS DESAPROPRIAÇÕES

Dissertação de Mestrado apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo como requisito para obtenção
do grau de Mestre em Direito do Estado,
elaborada sob orientação da Professora
Titular Dra. Maria Sylvia Zanella Di
Pietro.

USP
Faculdade de Direito
São Paulo
2009

Banca Examinadora:

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação não poderia ser concluída sem a participação de algumas pessoas e instituições, às quais eu gostaria, nessa oportunidade, de expressar meus sinceros agradecimentos.

Primeiramente, à minha família, com especial dedicação aos meus pais, WILSON e ANA, e a minha noiva, VANESKA.

Aos Professores EDMIR NETTO DE ARAÚJO e FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, pelos importantes apontamentos no exame de qualificação desta dissertação.

Aos Professores RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA e SEBASTIÃO BOTTO DE BARROS TOJAL, que foram e continuam sendo muito importantes para a minha formação acadêmica.

À Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, minha orientadora, nenhuma palavra parece suficiente para expressar minha profunda gratidão. Obrigado pela generosidade e pela confiança.

E, por fim, à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco, que propiciou todos os meus estudos jurídicos, a qual serei eternamente grato.

ABREVIATURAS.

CC – Código Civil

BDA – Boletim de Direito Administrativo

DNER – Departamento Nacional de Estrada e Rodagem

DNIT – Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes

FDUA – Fórum de Direito Urbano e Ambiental

IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

IPTU – Imposto Predial Territorial Urbano

Min. - Ministro

RDA – Revista de Direito Administrativo

RDP – Revista de Direito Público

REsp – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

RTDP - Revista Trimestral de Direito Público

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC – Tomada de Contas

TCE – Tribunal de Contas do Estado

TJ – Tribunal de Justiça

Sumário

1. Introdução.....	9
2. Histórico do tema.	14
2.1. A desapropriação no período romano.....	15
2.2. Idade média.....	20
2.3. Estado absolutista.	23
2.4. Estados liberais.	24
3. Histórico do tema no Brasil.	29
4. Desapropriação e restrições ao direito de propriedade.....	33
4.1. Introdução.....	33
4.2. Formas de intervenção do Estado que causam prejuízo à propriedade privada.	35
4.3. Problemática.	37
4.4. As restrições ao direito de propriedade.	38
4.4.1. Limitações administrativas.	38
4.4.2. Servidão administrativa.	43
4.4.3. Ocupação temporária e a requisição	47
4.4.4. Tombamento.	50
4.4.5. Parcelamento, edificação e utilização compulsórios.	53
4.4.6. Desapropriação.	55
5. Conceito e elementos da desapropriação.....	56
5.1. Conceito de desapropriação.....	56
5.2. Sujeitos passivos e ativos da desapropriação.	58
5.3. Bens passíveis de expropriação.	63
5.4. O justo título.	70

5.5. Justa indenização.	73
6. Desapropriação e características.	77
6.1. Um instituto de direito público.	77
6.2. Natureza jurídica da desapropriação.	82
6.3. Desapropriação como garantia do direito de propriedade.	85
6.4. Desapropriação como instrumento coercitivo para o cumprimento da função social da propriedade.	87
6.5. Desapropriação de área contígua ou por zona.	90
7. Fundamento da expropriação.	95
7.1. A crítica ao princípio da superioridade do interesse público sobre o privado.	98
8. Retrocessão.	103
8.1. Introdução.	103
8.2. A retrocessão na legislação brasileira.	107
8.3. Das situações nas quais é cabível o exercício da retrocessão.	111
8.4. Do preço a ser pago para a reaquisição do bem.	114
8.5. Do prazo prescricional para o exercício do direito à retrocessão.	115
9. Desapropriação indireta.	116
9.1. Introdução.	116
9.2. As três teorias alemãs sobre desapropriação indireta.	120
9.2.1. A desapropriação clássica.	120
9.2.2. A desapropriação formal.	121
9.2.3. Desapropriação material.	123
9.3. Critérios para a identificação da desapropriação indireta “normativa”.	124
9.3.1. Critério da redução significativa do valor econômico.	124
9.3.2. Critério da utilização privada.	125
9.3.3. Critério da intervenção individual.	127
10. A Constituição Federal de 1988.	128

10.1. Desapropriação ordinária.....	130
10.2. Desapropriação sanção.	130
11. Desapropriação ordinária.....	132
11.1. Necessidade e utilidade públicas.	132
11.2. Interesse social.....	134
11.2.1. Procedimento da desapropriação por interesse social.	136
12. Decreto-Lei 3365/41.....	138
12.1. Do procedimento expropriatório.	140
12.2. Análise de determinados artigos à luz da Constituição Federal.	146
12.2.1 Artigo 2º, §2.º.....	146
12.2.2. Artigo 9.º.....	147
12.2.3. Artigo 20.....	148
12.2.4. Artigo 35.....	149
13. Desapropriação sanção	152
13.1. Desapropriação sanção urbanística.....	153
13.2. Desapropriação sanção destinada à reforma agrária.....	154
13.2.1. Procedimento.	155
13.3. Desapropriação sanção em razão de ilícito criminal.	157
13.3.1. Desapropriação por ilícito criminal e confisco.....	158
14. Panorama da desapropriação no Brasil.....	160
14.1. Ausência de planejamento administrativo na realização das desapropriações.	160
14.1.1. A desistência.....	162
14.1.2. Caducidades de declarações e bens expropriados sem destinação.	165
14.2. Comprometimento orçamentário.....	165
14.3. Ausência de análise do mérito de utilidade pública.	168
14.3.1. Atentado à propriedade privada.....	169
14.3.2. O custo financeiro – “balanço entre o custo e vantagens”	170

14.3.3. Atentado a outros interesses públicos.....	170
15. Inovações no regime jurídico da desapropriação.	172
16. Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).	174
16.1. O planejamento administrativo.....	176
17. O Estatuto da Cidade.	180
17.1. Direito de preempção.....	181
17.1.1. A desapropriação por ilícito administrativo.	186
17.2. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, IPTU progressivo no tempo, desapropriação sanção, e consórcio imobiliário.	187
18. Desapropriação e o Código Civil de 2002.....	191
18.1. A desapropriação privada.....	191
18.1.1. Considerações gerais.	191
18.1.2. A natureza jurídica de desapropriação judicial do art. 1228, § 4.º do Código Civil.	193
18.1.3. Características da desapropriação judicial.....	198
18.1.4. A indenização prevista no § 5º do art. 1228 do CC.....	203
18.1.5. Da constitucionalidade da norma em comento.....	205
18.2. Do novo prazo prescricional para a demanda por indenização em caso de desapropriação indireta.....	208
19. Conclusão.....	214
20. Bibliografia.....	218

1. INTRODUÇÃO.

Ao longo dos tempos, os contornos do instituto da desapropriação passaram por profundas alterações. De maneira geral, e como preliminar visão da matéria, a desapropriação pode ser entendida como o instrumento que soluciona um conflito entre o interesse público e o direito de propriedade do particular, assim como a imposição de um sacrifício ao particular em benefício da coletividade.

O objetivo da presente dissertação é a análise das alterações sofridas pelo instituto; no entanto, para que o resultado da pesquisa seja satisfatório, faz-se necessário o estudo de outros aspectos, que poderão fazer com que compreendamos as legislações mais recentes e que conferiram uma feição diferente à desapropriação.

De início, abordaremos o histórico do tema, ressaltando os marcos importantes da evolução da desapropriação e demonstrando que esta se encontra estritamente ligada às formas e características dos governos existentes, bem como com a concepção de direito de propriedade de dado momento histórico. Assim, no que tange ao período romano, discutiremos a existência ou não da desapropriação. De outro lado, na idade média, observa-se o abandono do conceito unitário de propriedade, o que, certamente, repercute no caráter da desapropriação que, à época, alcançou o estágio mais amplo da intervenção estatal sobre o patrimônio privado. Já no Estado absolutista, discorreremos sobre a propriedade que é vista como forma de concessão do monarca, sendo o procedimento expropriatório, quando existente, desregrado, sem qualquer garantia, especialmente, a da justa indenização. Por fim, ao passarmos ao estudo do Estado liberal, estaremos diante de um direito de propriedade considerado como absoluto, exclusivo e perpétuo, não somente em relação ao Estado, mas também perante terceiros. É neste momento histórico que se forma o instituto da desapropriação tal qual o conhecemos atualmente.

Assim, apesar de hoje haver, em certa medida, o entendimento consolidado de que a desapropriação é um procedimento ou um ato administrativo pelo qual o Poder

Público adquire determinado direito de propriedade, mediante pagamento de justa indenização, procuraremos deixar claro que isso nem sempre foi assim. De fato, os procedimentos expropriatórios - tal como são hoje conhecidos - são práticas recentes. Sempre foi comum, especialmente antes do Estado de Direito, o esbulho da propriedade por parte do Poder Público, o que compeliu a doutrina da época a elaborar inúmeras teorias para que o particular prejudicado fosse compensado financeiramente.

Em seguida, continuaremos analisando o histórico da desapropriação, mas, desta vez, nos ateremos ao âmbito da legislação brasileira, na qual o instituto encontra suas raízes no Decreto de 21.05.1821 e na Constituição de 1824. Abordaremos, dentro deste capítulo, as principais alterações trazidas pelas legislações posteriores, tais como as Constituições Federais, o Decreto-Lei 3365/41, o Código Civil de 2002, entre outras.

No capítulo 4, a desapropriação será estudada sob o ponto de vista das restrições ao direito de propriedade, sendo diferenciada das demais modalidades, como: as limitações ao direito de propriedade, o tombamento, a requisição, a ocupação temporária, a servidão administrativa e a edificação e o parcelamento compulsórios. Os elementos diferenciadores da desapropriação em relação às demais restrições nos fornecerão subsídios para os temas desenvolvidos nos capítulos subseqüentes.

Em seguida, passamos ao estudo do conceito de desapropriação e dos elementos que o integram, tais como: os sujeitos passivos e ativos, os bens que podem ser desapropriados, o justo título, e a justa indenização, os quais se configuram como de extrema relevância para o posterior desenvolvimento da matéria. De fato, somente poderemos abordar as modificações que afetaram a desapropriação após a devida análise de cada um dos elementos que lhe são essenciais e que, assim como o instituto, foram objeto de intensa variação conceitual e de abrangência.

Depois de analisarmos o conceito e os elementos da desapropriação, passaremos às suas características, momento no qual sustentaremos que esta se trata de uma instituição de direito público, ainda que muitas vezes conste de legislações de direito privado. Além disso, teceremos comentários sobre sua natureza jurídica, e sobre como a desapropriação constitui uma garantia do direito de propriedade, e, ao mesmo tempo, um instrumento coercitivo para o cumprimento da função social da propriedade. Ainda no mesmo capítulo dissertaremos sobre a desapropriação de área contígua ou por zona,

que gera bastante controvérsia entre os doutrinadores e julgadores por mostrar-se, ao menos aparentemente, diversa da desapropriação tradicional.

No capítulo 7, trataremos do fundamento da desapropriação, trazendo à baila diversas teorias, como a da colisão de direitos, a da função social da propriedade, a do domínio coletivo, a do domínio eminente e a dos fins do Estado. Nesta oportunidade, discorreremos também sobre a crítica ao princípio da superioridade do interesse público sobre o privado. Estas questões nos darão oportunidade de discutir os caminhos que foram seguidos pelo instituto, bem como nos propiciarão a análise da pertinência da legislação vigente em relação aos fundamentos da desapropriação.

No capítulo subsequente abordaremos o problema da retrocessão, ou seja, a possibilidade de retorno do bem expropriado ao proprietário original. A matéria, como veremos no momento oportuno, é de máxima relevância, tendo em vista que admite pluralidade de entendimentos e vem sofrendo constantes alterações, motivo pelo qual não poderia ser excluída de uma dissertação como esta, que objetiva a análise das modificações sofridas pelo instituto da desapropriação.

Continuando nossa exposição, passaremos à análise da desapropriação indireta, que foi tema de três teorias, as quais serão enumeradas e brevemente comentadas de modo a fornecerem preciosos fundamentos para a distinção da desapropriação indireta de outras espécies de restrições de direitos.

A Constituição Federal é objeto do capítulo 10, no qual dividimos a desapropriação em duas espécies: ordinária e sanção, sendo esta última sub-dividida em três modalidades (desapropriação sanção urbanística, desapropriação sanção destinada à reforma agrária, e a desapropriação sanção em razão de ilícito criminal), sobre as quais discorreremos nos capítulos que se seguem.

O conteúdo do capítulo 11 será a análise da desapropriação ordinária, seja com fundamento na necessidade e utilidade públicas, seja no interesse social. A matéria aqui tratada será complementada pelo capítulo seguinte, no qual se discorre sobre o Decreto-Lei 3365/41, o qual, por ser verdadeiramente a norma de regência das desapropriações, sendo aplicável não somente às hipóteses de necessidade e utilidade pública, mas também subsidiariamente às de interesse social, recebeu capítulo específico, de modo a permitir sua exposição mais detalhada. Nesta oportunidade, faremos a interpretação

mais aprofundada de alguns dispositivos legais da norma em comento, verificando se estas são compatíveis com a concepção atual da desapropriação.

Uma vez discutida a desapropriação ordinária, cumprirá abordar a desapropriação sanção, que constitui importante inovação à teoria tradicional tendo em vista que acrescenta novos elementos ao rol de motivos aptos a fundamentar a desapropriação, como, por exemplo, a função social da propriedade.

Tendo sido abordados os principais aspectos pertinentes à matéria, prosseguiremos a dissertação apresentando um panorama da desapropriação no Brasil, no qual colocaremos em evidência a ausência de planejamento administrativo na realização das desapropriações, os problemas decorrentes da desistência inconsequente já durante o procedimento expropriatório, a caducidade de declarações e bens expropriados sem destinação, o comprometimento orçamentário decorrente de tais condutas, bem como a inconveniência da ausência de análise do mérito da utilidade pública pelo Poder Judiciário.

Os capítulos seguintes serão destinados ao estudo da legislação mais recente sobre o tema, promulgada após a Constituição Federal de 1988, quais sejam, a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002. Estas normas, muito embora ainda pouco aplicadas na prática, têm grande importância para o estudo da desapropriação.

A Lei de Responsabilidade Fiscal impõe uma conduta mais responsável financeiramente ao Administrador não só na gestão da coisa pública, mas também para a inauguração de um procedimento expropriatório.

O Estatuto da Cidade, relevante instrumento de planejamento e produção do espaço urbano, cria alternativas menos conflitantes com interesses privados quando comparadas com o instituto da desapropriação. Da mesma forma, regulamenta dispositivo constitucional para a desapropriação sanção urbana.

Ademais, o Código Civil de 2002, além de alterar a regra geral dos prazos de usucapião extraordinária, afetando diretamente a prática da desapropriação indireta, cria uma modalidade *sui generis* de expropriação, chamada de judicial, tendo em vista que é determinada pelo magistrado em áreas em que se desenvolva a posse-trabalho.

Após a realização destas observações, evidencia-se que o presente trabalho será procedido em duas partes. Na primeira, eminentemente conceitual, abordaremos a evolução histórica do instituto, o conceito e fundamentos, assim como a disciplina da matéria na Constituição Federal. Da mesma forma, questões controvertidas, entre as quais o princípio da justa indenização e a não recepção pela Constituição Federal de alguns artigos da norma de regência das desapropriações, também, serão tratadas. Na segunda e derradeira parte, analisaremos as inovações propriamente ditas, com base nos fundamentos calcados na primeira parte do trabalho, apresentando a conclusão final acerca do estudo desenvolvido.

2. HISTÓRICO DO TEMA.

Antes de abordarmos mais detidamente o cerne do instituto da desapropriação, é fundamental buscar identificar marcos importantes de sua evolução histórica. Com isso, verificaremos a estrita correlação entre a desapropriação e as várias formas e características de governos existentes (formas de governo e sistema político), assim como com as concepções de direito de propriedade deste mesmo período.

Em princípio, nos modelos de Estados autoritários, a intervenção na esfera do particular é mais freqüente quando comparada com modelos democráticos. Da mesma forma, em períodos em que os governos são menos intervencionistas, há um menor conflito, em tese, entre o interesse público e o direito de propriedade do particular.

Há sem sombra de dúvida um entrelaçamento entre tais institutos, sendo impossível identificar um conceito e uma noção clara do tema ora debatido isoladamente no sistema jurídico.

Assim, é indispensável a compreensão destes dois fatores que a afetam diretamente: a propriedade¹ e o “Estado”. A propriedade nasce com o individualismo e com o reconhecimento e garantia do Estado. No mesmo sentido, GILBERTO BERCOVICI esclarece que a propriedade obtém do Estado o seu reconhecimento, reforçando, ainda mais, o caráter político desta². Certamente pelas relações políticas a ela inerentes, é um instituto do Direito Público e não do Direito Civil³. Assim sendo, a propriedade e o exercício deste direito estão calcados em uma base sólida garantidora deste “status”: o Estado.

¹ Para FERNANDO ALVES CORREIA, só se consegue ter uma correta perspectiva do fenômeno da desapropriação caso se considere este como algo concomitante e também contraposto em relação ao instituto da propriedade, apesar de, excepcionalmente, ser possível também a desapropriação da posse (*As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p. 47).

² *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 141.

³ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*. RDP 84/39.

Portanto, a análise da propriedade e de seu exercício não pode se dissociar do estudo do Estado, assim como ocorre com a desapropriação, que está intimamente ligada a estes dois elementos.

Assim, para verificarmos melhor a relação entre propriedade e Estado, bem como para utilizarmos certas concepções em conclusões de capítulos e tópicos futuros, passamos a tecer breves comentários sobre o histórico do desenvolvimento da desapropriação, buscando, sempre que possível, realizar o contraponto com a idéia de propriedade e as características do Estado naquele período histórico.

2.1. A desapropriação no período romano.

A doutrina não é uniforme ao reconhecer a existência do instituto da desapropriação no período Romano. Há, basicamente, três teorias sobre a ocorrência ou não desta prática nesse momento histórico.

Segundo alguns, seria um contra-senso sustentar a existência da desapropriação por se considerar o direito de propriedade absoluto, inviolável e sagrado⁴.

Para outros, tendo em vista a existência de grandes obras, bem como a grande quantidade de fontes neste sentido, é possível afirmar que havia desapropriação nesse período⁵.

Por fim, segundo a última corrente, da qual somos adeptos, estar-se-ia apenas diante de um exercício de império da Administração Pública, ainda que houvesse a

⁴ Neste sentido, MANUEL BAPTISTA LOPES esclarece que “no Direito Romano não existia praticamente a expropriação, devido ao caráter inviolável da propriedade” (*Expropriações por utilidade pública*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 11). Da mesma forma, D. SERRIGNY, em sua obra *Droit Public et Administratif Romain*, mesmo reconhecendo da desapropriação, citando entre outros textos, o senado consulto do ano 141 A.C. sobre aqueduto romano, esclarece a arbitrariedade do sistema, em virtude do *imperium* inerente ao poder do príncipe (Paris: Aug.Durand Libraire, 1858, p. 257 *apud* JOSÉ CANASI. *Tratado teorico practico de la expropiacion publica*. Buenos Aires: La Ley, 1967, p.39). Há uma lenda contada por Tito Lívio de um certo Licinus Crassus que se opôs à construção de um aqueduto público que percorria sua propriedade e fez prevalecer o seu direito de não ceder o terreno (EURICO SODRÉ. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 10).

⁵ Para HUGO BARROSO UELZE, a desapropriação teve sua origem no direito romano (*Desapropriação*. RT 698/851). Partilha deste entendimento ARTURO LENTINI, ao afirmar que a teoria romanística do instituto da desapropriação é amplamente demonstrada quando se refere aos sujeitos expropriantes, ao objeto da desapropriação e ao método de fixação da indenização devida (*Le espropriazioni per causa di pubblica utilità*. Milão: Società Editrice, 1936, p. 21).

aquisição por parte do Estado da propriedade do particular, tendo em vista a completa ausência de regramento, a aplicação esporádica⁶, bem como da escassa discussão sobre a matéria.⁷

Primeiramente, importante que se analise brevemente a característica da propriedade como direito “absoluto”. Como esclarecem ALEXANDRE CORREIA e GAETANO SCIASCIA, não existia uma definição romana para o direito de propriedade⁸. Este era confundido com a própria coisa corpórea. A definição da propriedade romana só veio com os intérpretes da Idade Média. Segundo BIONDI, a definição que mais se aproxima da instituição romana de direito de propriedade é aquela que o considera como “o senhorio jurídico, geral e potencialmente absoluto, de uma pessoa sobre uma coisa corporal”.⁹

⁶ Sobre esta questão, MARTINA CONTICELLI esclarece que: “In generale, si pensa che l’espropriazione sia rimasta sconosciuta ai romani, almeno per tutto il primo periodo repubblicano. La concezione del diritto di proprietà (dominium), infatti, come diritto sacro e inviolabile, che si ebbe a Roma nell’età classica, era talmente assoluta da non permettere limitazioni di alcun tipo, né, tantomeno, da lasciare spazio alla nascita di un istituto che avrebbe richiesto il massimo sacrificio della proprietà. Nonostante questo, vi è chi ha riportato notizia di un negozio giuridico che viene indicato negli scritti di Numa, di Livio, e – più avanti – di Cicerone, con il nome di *emptio ab invito*. Le fonti indicate, inoltre, fanno esplicita menzione di una sorta di controprestazione, concepita come elemento essenziale della fattispecie (pretium). I primi mutamenti digni di nota, tuttavia, si registrano in età postclassica e giustiniana e nell’ultimo periodo dell’impero. Costituiscono fattori di rilievo, l’avvento del cristianesimo e l’influenza del diritto degli emergenti stati barbarici. Tuttavia, non si può ancora parlare di nascita dell’istituto, che riceve ancora un’applicazione non più che sporadica” (*L’espropriazione*. In: SABINO CASSESE (Org.). *Trattato di diritto amministrativo*. t. II. Milão: Giuffrè, 2000, p. 1454).

⁷ Segundo J. J. GOMES CANOTILHO, “não existiu (...) no direito romano uma teoria geral do fenómeno expropriatório” (*O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1973, p. 30, nota de rodapé 5). Para MICHELE ROSANO, não é infundado dizer que, no período romano, a desapropriação por utilidade pública foi conhecida, se não como instituto jurídico, ao menos como uma transferência coativa da propriedade (*L’espropriazione per pubblica utilità*. Turim: UTET, 1964, p. 2). Segundo EURICO SODRÉ, “é evidente que os Romanos conheciam o fenómeno da desapropriação, ainda que não o tivessem regulamentado ou sistematizado de forma institucional. Realizaram vastas e importantíssimas obras públicas e é impossível que jamais defrontassem com o problema de um proprietário que a elas se opusesse, dentro de sua propriedade. E, nesses casos, a indenização correspondente dependeria do grau de arbítrio das autoridades. As noções jurídicas esboçadas no Digesto – ‘de religiosis’, ‘quemadm. servit. admitt’; e no *Senatusconsulto* – ‘de aquaeductibus Romae’, etc., seriam aplicadas com maios ou menos amplitude, segundo a conformação moral ou o sentimento jurídico dos governantes” (*A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 11).

⁸ *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p.165.

⁹ Na versão original, em italiano, a frase tem a seguinte redação: “La signoria giuridica, generale e potenzialmente assoluta, di una persona su una cosa corporea” (BIONDI B. *Instituzioni di diritto romano*. Milão:s.e., 1972, p. 226. *Apud* MASSIMO GALDI. *Il diritto di proprietà e potere espropriativo dello Stato nella Costituzione e nel diritto vigente*. Tese de láurea apresentada na Università Cattolica Del Sacro Cuore di Milano, 2001-2002, disponibilizada no sítio www.tesionline.com, consultada em 01.02.2007). Sobre a questão da propriedade neste período, THOMAS MARKY esclarece que “no sentido positivo, a propriedade confere ao titular o direito de usar, gozar e dispor da coisa e, no sentido negativo, exclui toda

No entanto, esta característica do direito de propriedade, como sustenta CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, somente poderia ser entendida enquanto oponível a particulares e não contra o Estado, vez que existiam inúmeras restrições ao exercício do direito de propriedade, entre as quais a supressão da titularidade dos particulares das terras não cultivadas para transferir a outros que tinham condições de fazê-lo¹⁰.

Ademais, havia inúmeras limitações ou restrições ao direito de propriedade. Conforme se verifica nas Institutas do Jurisconsulto GAIO, sob a tradução de JOSÉ CRETILLA JÚNIOR e AGNES CRETILLA, “os direitos dos prédios urbanos são o de levantar a construção das casas e o de tirar a luz aos vizinhos, o de não elevar muito as construções, para que não seja ofuscada a luz dos prédios vizinhos”¹¹.

Além disto, era proibido escurecer a janela do vizinho em razão da construção de um prédio, assim como de construir nas residências, de deixar correr água para os terrenos de um vizinho em quantidade anormal¹², sendo, também, imposta uma passagem necessária para o domínio público de um fundo isolado até uma via pública¹³.

Sobre esta questão, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, baseado nos ensinamentos de PETER BIRKS, esclarece que:

“... a expressão ‘absoluto’ designaria a exclusividade da relação entre o proprietário, ou co-proprietários, e a coisa, concebida em termos de excluir quaisquer outros da possibilidade de manter uma relação semelhante com a

e qualquer ingerência alheia, protegendo-o, no exercício de seus direitos, contra turbacão por parte de terceiros” (*Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 65).

¹⁰ *Limitações ao direito de propriedade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25. Neste sentido, ALESSANDRA ELIAS DE QUEIROGA esclarece que “É importante lembrar, entretanto, que já na Lei das XII Tábuas, eram previstas limitações ao direito de propriedade, especialmente tendo em vista as relações de vizinhança, fato que contradiz a afirmativa geralmente empregada de que a propriedade, no Direito Romano, era totalmente absoluta, sem qualquer restrição ou limitação” (*Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p.45).

¹¹ São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 76. No mesmo sentido, ALEXANDRE CORREIA e GAETANO SCIASCIA assim se manifestam: “A elasticidade do conceito de propriedade permite restrições ao direito potencialmente absoluto do proprietário. Elas podem ser ditadas em razão do interesse público ou do privado e ser impostas pela moral e pela autoridade pública ou pela autoridade jurisdicional” (*Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p.165).

¹² CARLOS ALBERTO DABUS MALUF. *Limitações ao direito de propriedade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.

¹³ MASSIMO GALDI. *Il diritto di proprietà e potere espropriativo dello Stato nella Costituzione e nel diritto vigente*. Tese de láurea apresentada na Università Cattolica Del Sacro Cuore di Milano, 2001-2002, disponibilizada no sítio www.tesionline.com, consultada em 01.02.2007, p. 14.

mesma coisa. A conclusão da análise de BIRKIS é, por um lado, a de que a expressão ‘absoluto’ não é apropriada se tivermos em vista o conteúdo da propriedade romana, pois muito embora as limitações da propriedade no direito romano fossem mínimas, a existência inelutável de restrições à propriedade torna impossível falar do seu caráter absoluto, em sentido estrito. (...) Assim, a existência de restrições à no direito romano como em qualquer outro, por mínimas que sejam, tornam a expressão ‘absoluto’ pouco apropriada no que respeita à caracterização do respectivo conteúdo”.¹⁴

Assim, o fato de existirem determinadas restrições e limitações ao direito de propriedade, neste momento, confirma a inadequação do uso do termo “absoluto” para caracterizar tal direito.

Ademais, muito embora haja ocorrência destas transferências compulsórias do domínio da propriedade do particular para o Estado, a completa ausência de critérios e parâmetros para a realização da desapropriação evidencia claros atos abusivos por parte do Poder Público, conforme a tradicional máxima latina: “*Quod principi placuit legis habet vigorem*”¹⁵.

A simples existência da transferência compulsória do domínio da propriedade, mesmo que dela decorra qualquer tipo de indenização, não tem o condão de comprovar a existência da desapropriação.

Sobre este tema, FERNANDO ALVES CORREIA sustenta que: “apesar de reinar uma profunda discordância entre os autores, poderá afirmar-se que no conjunto das fontes do Direito Romano encontram-se algumas referências à expropriação. Mas, o génio romano não foi capaz de, com base naqueles textos, elevar a expropriação ao nível de

¹⁴ A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional. Coimbra: Almedina, 2007, p.49.

¹⁵ “A vontade do príncipe vigora como lei”. Sobre esta questão, PEDRO CANSADO PAES, ANA ISABEL PACHECO e LUÍS ALVAREZ BARBOSA esclarecem que: “Outros pretendem ir buscar as suas raízes ao direito Romano, sustentando que a expropriação já existia neste direito, embora exercido arbitrariamente, conforme a máxima: *Quod principi placuit legis habet vigorem*” (Código das expropriações. 2 ed. Lisboa: Almedina. 2003, p. 16).

um autêntico princípio geral susceptível de iluminar todas as suas derivações e conseqüências. Daí que não seja descabido concluir que a expropriação, entendida como instituição jurídica, não existiu no Direito Romano”¹⁶.

Verifiquem-se, ainda, os esclarecimentos de EURICO SODRÉ, os quais são indispensáveis à matéria ora abordada:

“O próprio Digesto e o Código Theodosiano versaram o assunto da desapropriação de maneira incompleta e obscura, denunciando o teor de arbítrio com que era decidido.

“Decretada pelo Senado, ou pelo Imperador, ou pelo Procônsul, ou mesmo pelas cúrias municipais, a desapropriação por motivo de obras públicas era exercida de maneira mais ou menos despótica, mediante compensação às vezes por terrenos do fisco, servidões sobre os bens públicos ou concessão de honrarias e privilégios especiais.

“Na maioria dos casos, porém, nem mesmo essas compensações havia, e a autoridade pública apossava-se do bem particular sem nenhuma indenização, praticando, portanto, uma escorcha”¹⁷.

Fica claro, então, que a desapropriação, nesse momento, está muito mais ligada ao *imperium* do Estado do que propriamente à submissão deste às regras jurídicas previamente estabelecidas.

A submissão da autoridade às regras relativas à desapropriação, com escopo de evitar arbitrariedades, é, em nosso entender, uma condição indispensável para a existência e aplicação do instituto, razão pela qual sustentamos não ser possível afirmar a sua existência no período romano.

¹⁶ *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p. 17.

¹⁷ *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 11.

2.2. Idade média.

No período medieval, o direito de propriedade passa por uma sensível transformação, assim como o poder estatal. O príncipe, em razão do aumento de seu poder (*jus eminens*), passa a ser considerado detentor de um direito real de propriedade sobre os bens dos cidadãos, possuindo, desta forma, um poder absoluto e incondicional sobre estes, sejam móveis ou imóveis.

É nesse momento que ocorre o abandono do conceito unitário de propriedade. Sobre a propriedade passam a recair inúmeros direitos – uma verdadeira cascata de domínios - na expressão de LEVY¹⁸.

Diante desta “divisão do direito da propriedade”, em que o príncipe, suserano, passa a ter o domínio eminente ou direto; e o vassalo, o domínio útil¹⁹, por decorrência de uma concessão daquele, a propriedade não pode ser mais considerada como *exclusiva*, tendo em vista a concorrência de domínios sobre o mesmo bem. Sobre estas questões, merece destaque o entendimento de SILVIO DE SALVO VENOSA, a saber:

“Na Idade Média, a propriedade perde o caráter unitário e exclusivista. Com as diferentes culturas bárbaras, modificam-se os conceitos jurídicos. O território, mais do que nada, passa a ser sinônimo de poder. A idéia de propriedade está relacionada à de soberania nacional.

¹⁸ *La définition du droit* (1928), trad.it, Roma, 1981, p. 72. *Apud* MASSIMO GALDI. *Il diritto di proprietà e potere espropriativo dello Stato nella Costituzione e nel diritto vigente*. Tese de láurea apresentada na Università Cattolica Del Sacro Cuore di Milano, 2001-2002, disponibilizada no sítio www.tesionline.com, consultada em 01.02.2007, p.28.

¹⁹ Neste sentido, ADRIANA CALDAS DO REGO FREITAS DABUS MALUF. *Limitações ao direito de propriedade*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor FÁBIO MARIA DE MATTIA, 2006, p. 31. Da mesma forma, MARTINA CONTICELLI, esclarece que “Nel diritto feudale, l’espropriazione non avrebbe proprio potuto concepirsi in quanto tale, dal momento che il regime della proprietà allora vigente si fondava esclusivamente sul presupposto che il principe detenesse una prerogativa assoluta (*dominio eminens*) su tutti beni presenti nel suo territorio. La confusione dominante in quell’epoca tra interesse pubblico e interesse del principe, era il risultato di una situazione per la quale il principe poteva legittimamente – e in ogni momento – occupare le terre di cui avesse bisogno (...) Pertanto, quello cui i privati potevano aspirare era di ottenere, quantomeno, una concessione sovrana, definita *dominio utile*” (*L’espropriazione*. In SABINO CASSESE (Org.). *Trattato di diritto amministrativo*. t. II. Milão: Giuffrè, 2000, p. 1455).

Os vassallos serviam ao senhor. Não eram senhores do solo”²⁰.

Apenas a título de informação, esta divisão da propriedade ainda está presente nos países anglo-saxões, em especial, na Inglaterra, os quais se valem, também, da teoria do domínio eminente para fundamentar as intervenções estatais na propriedade, por exemplo a desapropriação, como será observado em tópico posterior.²¹

Muito embora já existisse esta divisão do domínio no direito romano, especialmente para a utilização do solo nas novas terras conquistadas pelo Poder Público e como forma de reação ao tradicional princípio do *superficies solo cedit*²², esta prática somente passou a se intensificar no período medieval.

Por conta do poder ilimitado do príncipe, a doutrina jurídica deste momento histórico enquadrava a desapropriação na figura mais ampla da *auferre rem privati*, pois a subtração da propriedade do particular pelo soberano era extremamente freqüente, e como destaca FERNANDO ALVES CORREIA, “engloba toda e qualquer subtração de bens do particular, móveis ou imóveis, por força da autoridade soberana, quer o bem passasse para a propriedade, diremos hoje, do Estado, quer permanecesse na propriedade de outro sujeito privado”.²³

Apesar desta intervenção significativa sobre a propriedade particular, bem com a completa ausência de regulamentos e restrições da atividade administrativa, houve importantíssimos avanços para a doutrina da desapropriação. Esta passou a ser

²⁰ *Código Civil comentado*. v. XII. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (Coord). São Paulo: Atlas, 2003, p. 179.

²¹ Sobre esta dualidade da propriedade existente ainda hoje na Inglaterra, PAUL BUTT esclarece que “the Queen owns all the land in England and Wales; all you and I, her subjets, own is the right to occupy a piece of land for a certain length of time” (*Housing*. In: JONH PRITCHARD (Org.) *Guide to the law*. 5. ed. Londres: Penguin Books, 2004, p. 169). Em tradução livre, o trecho tem a seguinte redação: “a rainha é proprietária de todas as terras da Inglaterra e do País de Gales; tudo que você e eu, seus súditos, temos, é o direito de ocupar um pedaço de terra por um certo período de tempo).

²² Sobre este princípio, são esclarecedores os ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a saber: “no período inicial do Direito Romano aplicava-se integralmente o princípio segundo o qual *superficies solo cedit*, significando que todas as coisas que se acrescentam ao solo, sejam plantações ou construções, pertencem ao dono do solo. Trata-se de princípio decorrente do caráter absoluto no sentido de que confere ao titular o poder de usar, gozar e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver. É *exclusivo* no sentido de que a mesma coisa não pode pertencer simultaneamente a duas ou mais pessoas e que o proprietário tem a faculdade de se opor à ação de terceiros exercida sobre aquilo que lhe pertence” (*Direito de superfície*. In: ADILSON ABREU DALLARI; SÉRGIO FERRAZ (Coord). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.173).

²³ *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p.17.

considerada como uma venda coativa²⁴; assim, o preço (*praetium*) ou a indenização passaram a ser considerados elementos essenciais deste instituto.

Além disto, outro legado trazido pelo estudo do instituto na Idade Média é o reconhecimento de que o príncipe detinha apenas o direito de proteção e jurisdição dos bens dos particulares, podendo somente nos casos de justa causa realizar a desapropriação. Sobre esta questão são esclarecedores os ensinamentos de J.J. CANOTILHO:

“A indenização por expropriação, além de não ser desconhecida do direito romano, mereceu particular atenção aos juristas medievais que, a partir da distinção bartolista das três *aufferre rei privati*, se debruçaram sobre o problema da ablação dos bens privados no exercício do poder administrativo do príncipe, estabelecendo os dois requisitos fundamentais do instituto da expropriação, subsistentes na época moderna: a *causa publica utilitatis* e *justum praetium*”²⁵.

Assim, é justamente na Idade Média que se consolida o entendimento de que há uma finalidade, isto é, a “justa causa”, para a ocorrência da transferência de propriedade, e o brocardo “*princeps non potest sine causa privare quem dominio rerum suarum*” (“o príncipe não pode sem causa privar outrem do domínio de suas coisas”) passa a ser a gênese da necessidade de utilidade pública para a desapropriação contemporânea.

No entanto, a desapropriação ainda não pode ser considerada como um instituto análogo ao conhecido atualmente, em virtude de serem as desapropriações apreciadas

²⁴ Neste sentido, MASSIMO GALDI esclarece que: “Gli interpreti mediaevali costruirono l’espropriazione per pubblica utilità come una vendita forzata; quindi parve loro naturale che fosse versato al privato il giusto prezzo di tale vendita, vale a dire un indennizzo (*o pretium*). Secondo l’opinione dominante tale somma si configurava come un risarcimento per il pregiudizio sofferto e, in quanto tale, doveva essere integrale; per altri, tra cui Baldo, era sufficiente che il prezzo fosse modico (*pretium licet modicum*). La dottrina posteriore parlò invece di equo o giusto prezzo” (*Il diritto di proprietà e potere espropriativo dello Stato nella Costituzione e nel diritto vigente*. Tese de láurea apresentada na Università Cattolica Del Sacro Cuore di Milano, 2001-2002, disponibilizada no sítio www.tesionline.com, consultada em 01.02.2007, p. 28).

²⁵ *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1973, p. 30.

caso a caso, com valores indenizatórios variáveis, diante da ausência de regramento legal para sua ocorrência²⁶.

2.3. Estado Absolutista.

Após o Renascimento, na Europa Ocidental, com a crise do sistema feudal, ocorreu uma lenta e gradual centralização de poder nas mãos dos príncipes, formando-se, desta forma, os Estados Absolutistas.

Neste modelo de Estado, inexistia qualquer tipo de participação ou divisão de poderes, seja horizontal seja verticalmente. Todo poder era concentrado sob o domínio do monarca soberano. A ele competia julgar, legislar e governar. MONTESQUIEU²⁷ sustentava justamente que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura estão reunidos também o poder legislativo e o executivo, não há liberdade.

O monarca, ante seu poder absoluto, intervinha, como afirma FERNANDO ALVES CORREIA, “em todas as esferas da vida dos cidadãos, inclusive na sua vida privada: definia a religião dos subditos, exercia a sua influência na vida econômica da sociedade, segundo os ditames do mercantilismo”²⁸.

A propriedade dos cidadãos continua a ser vista apenas como forma de concessão do monarca. Aqueles detinham apenas o “*domínio útil*” dos imóveis, enquanto o último, o “*domínio direto*”.

No Estado Absolutista, quando havia indenização por decorrência de expropriação, esta era feita de forma completamente arbitrária e sem qualquer

²⁶ Segundo PEDRO CANSADO PAES, ANA ISABEL PACHECO e LUÍS ALVARES BARBOSA: “Em toda a Idade Média, não se encontram nas leis quaisquer princípios gerais acerca das expropriações. Com efeito, durante este período embora se tivessem realizado expropriações, as mesmas eram apreciadas caso a caso, sendo o pagamento do seu valor variável, não obedecendo a regras gerais e abstractas, inexistentes para o efeito” (*Código das expropriações*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 16).

²⁷ *De l'esprit des lois*, Livro XI, Cap. VI. Apud DALMO DE ABREU DALLARI. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 216. DALMO DE ABREU DALLARI, ainda na mesma obra (p. 217), argumenta que Aristóteles já considerava injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder (*A Política*, Livro III, Cap. XI).

²⁸ *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p. 20.

vinculação real com o valor do bem expropriado, tal era o poder do soberano, ou seja, não havia, ao contrário do que ocorre no período atual, um regramento próprio que garantisse ao particular um procedimento formal para a ocorrência da desapropriação.

Em razão disto, este período é denominado de fase da “regalia”, na medida em que a indenização não era certa e, muitas vezes, dependia da vontade do soberano.

Identificamos, assim, no período das monarquias absolutistas, um poder extremamente centralizado contraposto a um direito de propriedade frágil, entendido como apenas uma concessão do príncipe. Desta forma, atos ablatórios e de subtração de propriedade realizadas pelo soberano são freqüentes e desregrados, razão pela qual não podemos fazer qualquer correlação com os procedimentos existentes naquele período com as expropriações atualmente praticadas.

2.4. Estados liberais.

As revoluções liberais ou burguesas vieram justamente se contrapor ao modelo de Estado absolutista em voga, bem como ao *status quo* existente nas classes sociais e no sistema de privilégios existentes desde o período feudal, refletindo os valores burgueses, em especial os da liberdade, igualdade e propriedade.

Sem sombra de dúvida, estas transformações afetaram diretamente o tema da desapropriação, seja porque, com a separação de poderes²⁹, houve uma sensível limitação do poder estatal, seja porque a concepção de propriedade também se modificou.

Com a submissão dos atos da autoridade à lei, assim como com a separação dos poderes, chega-se ao Estado de Direito no qual, como afirma ARTURO LENTINI, “não se compreende mais o Estado contra o indivíduo, um interesse social contra um interesse individual e vice versa”³⁰.

²⁹ Os teóricos políticos da época sustentavam que o poder detém o poder (“le pouvoir arrête le pouvoir”).

³⁰ *Le espropriazioni per causa di pubblica utilità*. Milão: Società Editrice Libreria, 1936, p. 26.

Os teóricos burgueses, ao tentar reafirmar um direito de propriedade absoluto, resgataram a concepção romana, como forma de restrição dos atos ablatórios estatais, acabando com a bifurcação do direito à propriedade. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO ensina que, na Revolução Francesa, o domínio útil é finalmente transformado na propriedade moderna. Acrescenta, ainda, este autor que:

“Ao mesmo tempo, as vicissitudes da evolução da teoria do domínio dividido no continente, feita à margem de qualquer expressão político-constitucional de alcance equivalente ao da Magna Carta e dos documentos que se lhe sucederam, explica também a circunstância, já atrás apontada, de a garantia da propriedade se centrar em Inglaterra e, depois, nos Estados Unidos, no plano do direito constitucional, ao contrário do que sucedeu no continente europeu, onde essa garantia foi originariamente encarada sobretudo como um problema de direito privado”

³¹.

Muito embora tal direito, no período romano, não fosse plenamente absoluto, com as revoluções liberais, passou a ser absoluto e perpétuo, um verdadeiro direito fundamental, sagrado, protegido pela Constituição.

O direito de propriedade passa a ser considerado um direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Absoluto, porque o proprietário do bem poderá utilizá-lo da maneira que lhe aprouver, sem restrições. Exclusivo, já que o titular do direito era único, sem a concorrência de terceiros. Neste momento, cabe ressaltar que os movimentos liberais foram fortemente marcados pela oposição às tradições e às práticas existentes no antigo regime e da idade média, razão pela qual a subdivisão dos domínios, em domínio útil e direto, era veemente repudiada pelo “terceiro estado”³².

³¹ *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007, p.235.

³² Neste sentido, SILVIO RODRIGUES esclarece que: “a Revolução pusera termo à concepção medieval, dentro da qual o domínio se encontrava repartido entre várias pessoas, sob o nome de domínio iminente do Estado, domínio direto do senhor e domínio útil do vassalo; e havia substituído pelo conceito unitário de propriedade, peculiar ao Direito Romano, e onde o proprietário é considerado senhor único e exclusivo de sua terra” (*Direito civil - Direito das coisas*. v. 5. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 76).

Além disto, a perpetuidade do direito de propriedade decorre do fato de que este direito só poderá ser extinto pela vontade de seu proprietário, ou por disposição contida em lei.

Se, no direito romano, a propriedade era entendida como um direito absoluto apenas contra terceiros, neste período, a garantia deste direito contra terceiros já estava consagrada. A preocupação era, então, com o Estado, razão pela qual a propriedade é elevada à categoria de princípio fundamental³³.

Como bem salienta IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E CLÁUDIA FONSECA MORATO PAVAN, o direito de propriedade está assegurado pelos princípios fundamentais de primeira geração que têm como titulares os indivíduos e não a sociedade ou a coletividade³⁴. Estes princípios fundamentais são direitos, eminentemente, de resistência e oposição ao Estado.

Neste contexto adveio a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. O direito à propriedade passou a ser considerado como “um direito inviolável e sagrado”. Neste mesmo texto normativo, havia a disposição expressa de que “Ninguém pode ser privado dela, a não ser quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exigir de uma maneira clara e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.

Da mesma forma, a Constituição Francesa de 24 de junho de 1793, em seu artigo 19, consagra que:

“Art. 19 – Nul ne peut être privé de la moindre portion de sa propriété sans son consentement, si ce n’est

³³ Esclarecedoras as ponderações de DALMO DE ABREU DALLARI, a saber: “O Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica porque já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado liberal” (*Elementos de teoria geral do Estado*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 278).

³⁴ *Direito fundamental de propriedade. Atendimento à função social. Requisitos para desapropriação para fins de reforma agrária. Vícios formais e materiais do processo administrativo. Cabimento de mandado de segurança*. RT 130/859.

lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité³⁵”.

Assim, a exigência da justa causa e da prévia indenização é um significativo avanço ao reconhecimento do direito à propriedade privada, bem como da limitação do poder estatal. Posteriormente, consolidando o direito absoluto da propriedade, bem com a formulação da desapropriação como instituto jurídico, a Constituição Francesa de 22 de agosto de 1795, estabeleceu em seu artigo 5.º que:

“Art.5 – La propriété est le droit de jouir et de disposer de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie³⁶”.

Disposições normativas semelhantes a estas foram sendo repetidas e proliferaram nos mais variados ordenamentos jurídicos da Europa Ocidental, consagrando, de uma vez por todas, a propriedade como inviolável e sagrada. Nasce, assim, a desapropriação, como situação excepcional, um instituto juridicamente regado e condicionado a uma necessidade ou utilidade pública³⁷, mediante uma prévia e justa indenização.

Desta forma, é com a Revolução Francesa que a propriedade passa a ser vista como um direito natural e garantida pelo Estado. SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, sobre esta questão, esclarece que a propriedade, instituto além de jurídico, político, “aproveitada pela revolução francesa como instrumento de classe, passa a ser garantida pelo Estado, segundo a fórmula do Código Napoleônico³⁸. O que as declarações de direitos passam a proclamar como um direito natural e sagrado não é a posse, mas a propriedade excludente”.

Por seu turno, a desapropriação, na medida em que somente poderá se aperfeiçoar naquelas estritas situações imposta pela lei, torna-se, também, uma garantia do cidadão

³⁵ “Art. 19 – Ninguém pode ser privado da menor porção de sua propriedade sem seu consentimento a menos que a necessidade pública legalmente constatada o exija e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.

³⁶ “Art. 5 - A propriedade é o direito de gozar e de dispor de seus bens, de seus proventos, do fruto do seu trabalho e de sua indústria”.

³⁷ Vários são os termos utilizados neste período como requisitos para a ocorrência da expropriação: necessidade pública, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; utilidade pública, no Código Napoleônico (art. 543); causa justificada de utilidade comum, Constituição Espanhola de 1837; necessidade pública e urgente, na Constituição de Portugal de 1822.

³⁸ *Posse, propriedade e estado de direito*. RTDP 24/116.

e não uma restrição ao direito de propriedade, como a maioria absoluta dos doutrinadores sustentam.

Assim sendo, é justamente neste momento histórico que nasce a desapropriação, nos moldes em que a conhecemos atualmente, como um instituto condicionado a regras claras e pré-estabelecidas³⁹. Neste sentido, CRISTINA ARENAS ALEGRIA destaca que somente com o reconhecimento e a garantia do direito de propriedade se faz necessário encontrar uma justificativa para esta privação, no caso, o justo título, consolidando, assim, o referido instituto⁴⁰.

Posteriormente, observou-se que o exercício da propriedade deve guardar pertinência com sua função social, contribuindo para o bem estar social, como preconizado pela Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

³⁹ Para JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, a desapropriação, nos moldes que a conhecemos, também tem sua origem com a Revolução Francesa (*A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69).

⁴⁰ *La causa expropiatoria: evolución, límites y control*. Tese de doutorado apresentada na Universidade de Deusto - Espanha, fev. 2002, p.107.

3. HISTÓRICO DO TEMA NO BRASIL.

A primeira disposição normativa, no Brasil, a tratar deste tema é o Decreto de 21 de maio de 1821. No entanto, não há a denominação de “desapropriação” nesta norma, mas sim termos como “vendedor”, dando a idéia de uma possível venda forçada.

De qualquer forma, este decreto é um importante marco histórico, vez que proíbe qualquer agente público de “tomar coisa” de particulares, sendo exigida, para tanto, a desapropriação.

Na Constituição de 25 de março de 1824, primeira Constituição do Brasil independente, o item 22 do artigo 179 assim preceitua:

“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”.

Verifica-se que a indenização devia ser prévia, não havendo, ainda, a menção à expressão “desapropriação”, e cabendo à legislação ordinária estipular as situações de “bem público, legalmente verificado”. Não havia, assim, referência à utilidade ou necessidade pública.

Estas situações (de utilidade e necessidade pública) passam a ser disciplinadas na Lei de 09 de setembro de 1826, regulamentadora do item 22 do artigo 179 da Constituição do Império do Brasil.

Com o Ato Adicional de 1834, em que há a descentralização da Administração Pública, passa-se a competência para as Assembléias legislarem “sobre os casos e a forma por que pode ter lugar a desapropriação por utilidade municipal ou provincial”.

Em ato contínuo, o Ato Adicional de 1836 concede competência, também, ao presidente da Câmara Municipal para decretar a utilidade municipal para a desapropriação.

Adveio, então, a República, com a Constituição de 1891, que, em seu artigo 72, §17, prevê a possibilidade de desapropriação nos casos de necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização. Sob a égide desta Constituição, foi promulgado o antigo Código Civil (Lei 3071/1916) tratando a desapropriação como “perda da propriedade” e disciplinando os casos de necessidade e utilidade pública.

A Constituição Federal de 1934 apenas manteve o tratamento com relação ao nosso tema central, salvo no que se refere à obrigação do proprietário de exercer seu direito em conformidade com o interesse social ou coletivo. Em seu artigo 113, item 17, dispôs que: “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 interna, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”.

Em 1937, GETÚLIO VARGAS outorgou a Constituição no mesmo dia em que foi implantado o Estado Novo. Esta Carta Maior foi, no âmbito político, essencialmente centralizadora, baseando-se na Constituição autoritária da Polônia, motivo pelo qual foi conhecida como a Constituição Polaca. Muito embora fosse uma Carta autoritária e centralizadora, pouca modificação trouxe ao regime jurídico das desapropriações.

Em seu artigo 122, item 14, assegurou “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia” e determinou que o “seu conteúdo, e os seus limites serão definidos nas leis que lhes regularem o exercício”. Observe-se que foi retirada deste texto constitucional a exigência de uma indenização justa, conforme estabelecia a Carta Política anterior.

Nesta situação de autoritarismo, foi editado o Decreto-Lei 1283 de 1938, em que a competência para fazer a declaração de necessidade ou utilidade pública passa ao Executivo e, principalmente, se proíbe que o Poder Judiciário adentre no mérito para verificar a ocorrência dos casos de necessidade ou utilidade pública, passando esta qualificação a ser apenas exemplificativa.

É justamente neste quadro político que surge a norma de regência, o Decreto-Lei 3365 de 21.06.1941, disciplinador da desapropriação por necessidade e utilidade pública. Muito embora inúmeras normas posteriores a tenham alterado, sua essência forjada em um período autoritário continua a mesma nos dias atuais, em que prevalece um Estado Democrático de Direito.

Com a Constituição de 1946, algumas liberdades previstas na de 1934, que tinham sido suprimidas na Carta anterior, retornaram ao seu texto normativo, entre as quais podemos mencionar: i) a igualdade de todos perante a lei; ii) a liberdade de manifestação de pensamento; iii) a liberdade de associação para fins lícitos.

Foi justamente na Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 16.⁴¹, que, acompanhando a tendência da função social da propriedade insculpida na Constituição Mexicana (1917) e na de Weimar (1919), surgiu a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, por iniciativa do Senador FERREIRA DE SOUZA⁴².

Este novo modelo criou uma dualidade no pagamento de indenização: i) o latifúndio seria indenizado com título da dívida pública, enquanto ii) as benfeitorias úteis e necessárias, em dinheiro. Ademais, é neste texto constitucional que a disposição expressa de prévia e justa indenização retorna, com a inovação do pagamento em dinheiro, naqueles casos não relacionados com o latifúndio. Sob a vigência desta Constituição, é editada a Lei 4132 de 10.09.1962 que regulamenta a desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação.

A Constituição de 1967 praticamente repetiu a disposição acerca da desapropriação na Lei Maior anterior, como podemos observar no § 22 do artigo 150;

“Art.150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴¹ “Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos: (...) § 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”.

⁴² Emenda 3068.

(...)

§ 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, VI, §1.º”.

O Ato Institucional 9, de 25 de abril de 1969, modificou os §§ 1.º e 5.º do artigo 157 da Constituição Federal, suprimindo, nos casos de desapropriação por interesse social, a exigência da prévia indenização.

Com o fim do regime militar brasileiro, adveio a Constituição Federal de 1988 que seguiu preceitos e valores da Lei Maior de 1946. A Constituição cidadã, como é conhecida esta Magna Carta de 1988, trouxe relevantes inovações sobre o tema central deste trabalho.

Por fim, mencione-se ainda o Código Civil de 2002, que procurou acrescentar ao instituto novas características, como veremos no momento oportuno.

4. DESAPROPRIAÇÃO E RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE.

4.1. Introdução.

O Código Civil de NAPOLEÃO, em seu art. 544, definiu o direito de propriedade como “o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”⁴³. Assim, segundo esta ideologia, a propriedade possui três atributos: absoluto, exclusivo e irrevogável ou perpétuo.

O atributo absoluto diz respeito ao fato de o proprietário poder dispor do bem como bem entender. O segundo atributo, a exclusividade, explica-se porque, sobre uma mesma propriedade, não recaem outros direitos de propriedade idênticos, isto é, “o direito de um sobre determinada coisa exclui o direito de outro sobre essa mesma coisa (*duorum vel plurium dominium in solidum esse non potest*)”⁴⁴. Por fim, trata-se de direito irrevogável ou perpétuo na medida em que, depois de adquirida, em tese, a propriedade não poderá ser perdida, senão pela própria vontade de seu titular.

Este dispositivo da legislação francesa ainda em vigor influenciou sobremaneira os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais e continua a fazê-lo. Neste sentido, no Brasil, o artigo 1.231 do Código Civil de 2002 dispõe que: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. Da mesma forma, o artigo 1.238, da mesma lei codificada, estabelece que “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”.

⁴³ O referido artigo tem a seguinte redação em sua língua original: “la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

⁴⁴ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. *Curso de direito civil*. v. 3. 38. ed.. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 85.

A despeito da evidente influência do Código Civil francês, a legislação brasileira vigente, a qual, frise-se, é muito mais recente, evoluiu no sentido de determinar que a propriedade deve cumprir sua função social, de modo que esta última integra o próprio conceito do instituto, como será oportunamente analisado neste trabalho. Nestes termos, os atributos originários do direito a propriedade são afetados diretamente pela sua função social, assim como o são pelo poder de polícia⁴⁵.

Discorrendo sobre as modificações que atingiram a abrangência do direito de propriedade, EDMIR NETTO DE ARAÚJO esclarece que: “sabendo-se que o direito público também se ocupa da propriedade privada, que pode se apresentar como meio indireto da ação administrativa, a propriedade ‘pura’ foi sendo afetada por crescentes restrições impostas pelo Estado, fundamentadas na supremacia do interesse público (muitas vezes nos próprios interesses privados) perdendo o traço de individualidade e cedendo campo ao conteúdo social: para que a propriedade atenda sua função social deve o Estado regulá-la de maneira que produza melhores benefícios para todos e não apenas para seu proprietário”⁴⁶.

No mesmo sentido, o magistrado STEVENS da Suprema Corte Americana pondera que “sob nosso sistema de governo, um dos modos mais primários do Estado preservar o bem estar público é restringir os usos que os indivíduos fazem de sua propriedade. Enquanto cada um de nós é onerado de alguma maneira por tais restrições, nós, de outro lado, nos beneficiamos grandemente das restrições que são impostas aos outros” (*Keystone Bituminous Coal Assn. vs. Debeneditis*)⁴⁷.

No direito pátrio⁴⁸, há sete modalidades de restrições ao direito de propriedade, que podem afetar cada atributo, de forma isolada ou concomitante: limitações do direito

⁴⁵ Para GARRIDO FALLA, tanto a desapropriação quanto a servidão administrativa não são decorrência do exercício do poder de polícia (*Las transformaciones del régimen administrativo*. Madri: s.e., 1954, p. 131. *Apud* MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*. t. IV, 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 23).

⁴⁶ *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1009.

⁴⁷ 480 U.S. 470(1987).

⁴⁸ É importante salientar que outras legislações trazem outras espécies de restrições. A legislação argentina, por exemplo, em acréscimo às aqui enumeradas, prevê o *decomiso*, que é “la privación coactiva de los bienes privados por razones de interés público”, conforme define ROBERTO DROMI (*Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2006, p. 982). O *decomiso* funciona como sanção penal, aduaneira e também de direito de polícia, podendo implicar em uma série de medidas, inclusive na destruição da coisa objeto da restrição. O mesmo Autor inclui entre o rol das limitações ao direito de propriedade o sequestro, que é uma medida processual que implica na custódia temporária de coisa alheia pela autoridade judicial ou administrativa, sem prejulgamento no que tange a

de propriedade, tombamento, requisição, ocupação temporária, servidão, desapropriação e edificação e parcelamento compulsórios. Serão analisadas com vagar mais adiante.

4.2. Formas de intervenção do Estado que causam prejuízo à propriedade privada.

Antes mesmo de analisarmos, propriamente, as restrições ao direito de propriedade, salutar, em nosso entender, fazer breves referências a algumas formas de intervenção do Estado que afetam diretamente a esfera do patrimônio do particular.

O jurista BARTOLO, em sua obra, analisando a questão dos atos ablatórios⁴⁹ dos bens dos particulares pela Administração, fez a classificação em três modalidades. Segundo este autor, o soberano poderá privar o particular de sua propriedade mediante expedição de norma geral – *condendo ius commune* – como, por exemplo, no caso do confisco dos bens dos condenados. Da mesma forma, poderá realizar atos ablatórios, quando, no exercício do poder jurisdicional (*exercendo jurisdictionem*), em que ocorre a transferência dos bens do devedor para o credor e, por fim, no exercício do poder administrativo (*concedendo rescriptum contra jus gentium*), mediante uma norma ou ato particular, como acontece nas desapropriações⁵⁰.

Abordando o assunto de outra maneira, como relata ANDRÉ GRISEL, o tribunal federal suíço estabeleceu três categorias de intervenções (atentados) estatais em que não são levadas em consideração as desapropriações “formais”⁵¹, como se pode observar: a) as que ensejam por elas mesmas o pagamento de indenização; b) as que não ensejam tal

quem pertença a coisa sequestrada. Vê-se, portanto, que não se trata de uma sanção, mas tão-somente de uma medida acautelatória, ao contrário do *decomiso* (ROBERTO DROMI. *Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2006, p. 985).

⁴⁹ Segundo LUIGI DELPINO e FEDERICO DEL GIUDICE, utilizando os ensinamentos de GIANNINI, o poder ablatório é aquele com o qual a Administração Pública, em razão de uma vantagem da coletividade, sacrifica um bem da vida de um cidadão privado (*Diritto Amministrativo*. 15. ed. Nápoles: Simone, 2008, p. 533).

⁵⁰ *Apud* J. J. CANOTILHO. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1973, p. 31 e MASSIMO GALDI. *Il diritto di proprietà e potere espropriativo dello Stato nella Costituzione e nel diritto vigente*. Tese de láurea apresentada na Università Cattolica Del Sacro Cuore di Milano, 2001-2002, disponibilizada no sítio www.thesisonline.com, consultada em 01.02.2007, p.20.

⁵¹ Segundo este autor, desapropriações formais, diferentemente das materiais, são aquelas realizadas nos termos da legislação em vigor, respeitando o procedimento previamente regulado, assim como os princípios constitucionais existentes. Por sua vez, a desapropriação “material” é aquela em que há a violação ao direito de propriedade do particular, sem a ocorrência do procedimento adequado nos termos do ordenamento vigente, cabendo ao estado realizar a indenização.

consequência a menos que se trate de caso de disparidade de tratamento (violação à isonomia) e; c) por fim, as que devem ser suportadas pelos particulares, sem compensação. Apenas as duas primeiras são consideradas, segundo esta jurisprudência, como desapropriações “materiais”, que se assemelham a nossa desapropriação indireta⁵².

Os primeiros atentados são normalmente intervenções duráveis, considerados pela jurisprudência como aqueles que sejam superiores a dois anos, podendo decorrer de atos de reestruturação e organização urbana. Não se exige que o ato (genérico) administrativo afete a propriedade como um todo, de forma absoluta, configurando-se também quando atinge somente uma parte desta ou um de seus atributos, manifestados nos atos de usar, gozar e dispor.

Na segunda situação, as intervenções ensejam a indenização não em razão da gravidade da violação ao direito da propriedade, mas em razão da desigualdade, ou seja, são restrições que possuem o caráter de desapropriação “material” apenas se forem aplicadas a um grupo de proprietários ou a um único titular de forma isolada, prejudicando-os manifestamente em relação àqueles que são poupados.

As últimas intervenções relacionam-se com medidas que decorrem do poder de polícia sobre as construções, como, por exemplo, aquelas que estabelecem distância entre prédios particulares, suas dimensões, ordem de demolição em razão de segurança ou higiene.

Por fim, mais recentemente, FRANK MICHELMAN, em seu trabalho sobre o tema, apresentou três formas pelas quais os governos podem exercer, de forma coercitiva, seus poderes, de modo a causar prejuízos aos proprietários particulares. A primeira delas é a desapropriação, com fundamento no “*power of eminent domain*”. A segunda ocorre mediante ato ou ação de agente público, cuja consequência é a “afecção danosa do direito de propriedade” (*injurious affection*). Por fim, o governo pode adotar medidas legislativas que restrinjam os poderes e faculdades do proprietário (*regulatory taking*)⁵³.

⁵² *Droit administratif Suisse*. Neuchâtel: Éditions Ides et Calendes, 1975, p. 405.

⁵³ *Apud* MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 725. LUIGI DELPINO e FEDERICO DEL GIUDICE estabelecem outra classificação de interferência estatal na propriedade privada: i) limites negativos do direito de

Como será analisado em seguida, a classificação realizada por FRANK MICHELMAN se aproxima, de certo modo, das restrições ao direito de propriedade que serão objeto de análise do tópico seguinte.

4.3. Problemática.

O enquadramento jurídico de determinada restrição ao direito de propriedade está longe de ser uma atividade simplista e pacífica.

Aliás, nem mesmo ao conceituar tais institutos, a doutrina e a jurisprudência são uniformes, apresentando divergências fundamentais para a caracterização daqueles. Apenas a título de ilustração, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO entende que a servidão administrativa poderá ser efetivada mediante a expedição de uma lei⁵⁴. Este entendimento, por exemplo, é frontalmente oposto ao defendido por MARÇAL JUSTEN FILHO⁵⁵.

Isto posto, verifica-se que diante de uma mesma situação fática, será identificada uma restrição correspondente distinta se adotarmos uma ou outra doutrina. Este fato é de fundamental importância, tendo em vista que, dependendo do instituto aplicável, decorrerá, ou não, o direito do proprietário esbulhado de receber indenização.

Mais uma vez, valemo-nos dos ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO quando sustenta que “a grande dificuldade, no que se refere às limitações administrativas, não está propriamente na sua conceituação, mas no aplicar-se o conceito aos casos concretos, muitos dos quais são confundidos com a servidão administrativa”⁵⁶.

Com relação à desapropriação “tradicional”, não se observa grande dificuldade, seja por parte da doutrina, seja pela jurisprudência, para sua identificação ou distinção

propriedade; ii) obrigações positivas e iii) privação do direito do titular (*Diritto Amministrativo*. 15. ed. Nápoles: Simone, 2008, p.511).

⁵⁴ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.137.

⁵⁵ *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 418.

⁵⁶ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 117. Acresce, ainda, ao fato de que, conforme salientado por CARLOS ALBERTO DABUS MALUF que as restrições eram entendidas como verdadeiras servidões (*Limitações ao direito de propriedade*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 61).

em relação a outros institutos restritivos ao direito de propriedade⁵⁷. Isto se deve, precipuamente, ao procedimento prévio e necessário para a efetivação de uma determinada desapropriação, o que não exigido nas demais modalidades de restrição da propriedade. O mesmo, no entanto, não ocorre com a desapropriação indireta ou transversa, como será visto em tópico oportuno.

O presente capítulo será de fundamental importância, não só para responder a tais questões, como também para servir de alicerce às conclusões realizadas na segunda parte do trabalho. Além disto, caberá distinguir, ainda, a desapropriação de outros institutos que comprometem e afetam diretamente o exercício do direito de propriedade do particular, como a servidão administrativa, a requisição, entre outros.

Passemos, portanto, a analisar os referidos institutos.

4.4. As restrições ao direito de propriedade.

4.4.1. Limitações administrativas.

As limitações administrativas decorrem de normas de caráter geral e unilaterais, com fundamento no poder de polícia, que condicionam a propriedade privada ao bem estar social e ao interesse público, mediante obrigações de fazer, não fazer e de deixar fazer (ou suportar que se faça).

HELY LOPES MEIRELLES sintetiza bem a matéria, ao conceituar a limitação administrativa como “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”⁵⁸.

⁵⁷ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, de forma acertada, esclarece que “o STJ, fazendo confusão entre desapropriação e servidão, fixou o entendimento de que ‘na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade’ (Súmula 56). A confusão não está no reconhecimento do direito à indenização, mas na identificação feita entre dois institutos diversos como a desapropriação e a servidão administrativa: não é necessário desapropriar para instituir servidão” (*Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 139).

⁵⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 544. Verifique-se, também, o entendimento de MIGUEL S. MARIENHOFF (*Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6. ed. Buenos Aires:

Colocando a questão sob outro ponto de vista, podemos afirmar que as limitações à propriedade são as condições legais do exercício normal do direito de propriedade, o que significa que este permanece incólume, mas tem seu exercício regulamentado para a melhoria da convivência social, visando ao interesse público⁵⁹.

Como salienta MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o interesse público ou a ordem pública, acima mencionados, podem “referir-se à segurança, à salubridade, à estética, à defesa nacional ou qualquer outro fim em que o interesse da coletividade se sobreponha ao dos particulares”⁶⁰.

Ressalte-se, de início, que grande parte da doutrina entende serem inerentes às limitações administrativas a *gratuidade*⁶¹ e, particularmente, a *generalidade*, de modo que, em caso de situações específicas de particulares que entrem em conflito com o interesse público, haveria que se exercitar os institutos da servidão administrativa, ou mesmo da desapropriação, com correspondente indenização, mas nunca o da limitação administrativa⁶².

Importante frisar, em acréscimo, que estas limitações não se confundem com as do direito civil, que constituem o chamado “direito de vizinhança”, devido à divergência existente no que tange ao interesse envolvido. Nas limitações civis, o beneficiário é

Abeledo-Perrot, 1997, p. 36): “Las ‘restricciones’ administrativas – que constituyen una ‘especie’ dentro del género ‘limitaciones’ – tienen por objeto impedir que la actividad de la Administración Pública resulte obstaculizada por respeto al absolutismo de los derechos de propiedad privada.

“De manera que las referidas ‘restricciones’ constituyen disposiciones de la Administración Pública que tienden a lograr una concordancia o armonía entre los derechos de propiedad de los administrados y los intereses públicos que aquélla debe satisfacer”.

Conforme se pode observar do excerto acima transcrito, o termo limitação no direito argentino é utilizado para o gênero, no qual se incluem as demais espécies, como as restrições, as servidões, a desapropriação, a ocupação temporária, as requisições e o *decomiso*”. Assim, enquanto no Brasil as restrições são gênero e as limitações espécie, se aplica o raciocínio inverso na legislação argentina, na qual as limitações à propriedade privada são caracterizadas como: “el conjunto de medidas jurídico-legales concebidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos del interés público o generale, evitando, así, que el mantenimiento de aquel derecho se convierta en una traba para la satisfacción de los intereses del grupo social” (MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 21).

⁵⁹ ROBERTO DROMI. *Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2006, pp. 944 e 945.

⁶⁰ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.118.

⁶¹ ROBERTO DROMI. *Derecho administrativo*. 11. ed., Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2006, p. 945. Obviamente, se houver imposição anormal de restrição, que não se coadune com os propósitos do instituto, ou que atinja a plenitude do direito de propriedade, será necessária a imposição de uma indenização.

⁶² HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 545.

perfeitamente determinável, enquanto nas administrativas, é o público em geral, a comunidade, a sociedade⁶³.

De fato, as limitações do direito civil são estabelecidas para proteção da propriedade particular em si mesma, bem como para o resguardo da segurança, do sossego e da saúde dos que nela residem. Por outro lado, as limitações administrativas são editadas por meio de normas de ordem pública e visam precipuamente o benefício da comunidade e o bem estar social. Assim, temos claramente uma distinção no que tange ao escopo dos institutos: o direito de vizinhança é *uti singuli*, enquanto as limitações administrativas, vez que voltadas para a coletividade, são *uti universi*⁶⁴.

Cabe, neste momento, mencionar as distinções entre as limitações de direito público e as de direito privado elaboradas por MIGUEL S. MARIENHOFF, as quais, em virtude de sua pertinência, merecem ser transcritas:

“1.º Se estará en presencia de una limitación a la propiedad en interes ‘privado’, cuando ella tienda a proteger al ‘vecino’ y no al ‘público’ (...).

2.º Se estará en presencia de una limitación a la propiedad en interes ‘publico’, cuando ella tienda a proteger a la ‘comunidad’, al ‘publico’.

3.º En el primer caso el destinatário de la norma es ‘singular’ en número, o son personas ‘determinables’, por tratarse, precisamente, de ‘vecinos’.

4.º En el segundo caso el destinatário de la norma no es ‘singular’ en numero, ni ‘determinable’, pues tal destinatário es la comunidad, el público.

⁶³ Neste sentido, JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA esclarece que “las restricciones establecidas por normas del derecho administrativo no colocan los propietarios frente a frente entre si, sino a ellos frente al poder público, se basan en la idea de que la actividad de la Administración no debe ser entorpecida por los derechos absolutos de propiedad, pero es también indudable que la actividad de la Administración pública no puede exceder ciertos limites, más allá de los cuales, su actividad será abusiva pudiendo ser controlada por el órgano judicial. En las restricciones civiles el beneficio de la limitación es el individuo propietario, perfectamente determinable; en cambio, en las restricciones administrativas el beneficiário es el público en general, la comunidad, la sociedad” (*Lecciones de derecho administrativo*. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 411).

⁶⁴ HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 550.

5.º Para que la limitación se considere de interes ‘público’, no es requisito que el perjuicio lo reciba toda una entidad administrativa: los vecinos de un barrio o sólo de una zona de la ciudad constituyen el público, y la limitación impuesta em beneficio de ellos es restricción de interes público, pues se trata de una parte de la comunidad, pero comunidad al fin”⁶⁵.

Feitas estas breves considerações e distinções, cabe esclarecer que o conteúdo do direito de propriedade deverá ser forjado não apenas pela Constituição Federal⁶⁶, mas por todo o ordenamento jurídico, de forma harmônica.

Em razão deste fato, boa parte da doutrina entende que as limitações administrativas, derivadas em grande medida de normas infraconstitucionais, compõem o conteúdo do direito de propriedade⁶⁷, ou seja, sustenta-se que tais limitações são intrínsecas ao referido direito⁶⁸, afetando diretamente as faculdades de usar e fruir do bem imóvel. Esclarecedores são os ensinamentos de CARLOS ALBERTO DABUS MALUF sobre este tema, a saber:

“não se trata tampouco de obrigações *ex lege*, porque não se transmitem, nem se extinguem, segundo as regras preceituadas para tais obrigações; essas limitações

⁶⁵ *Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6.ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 31. Em tradução livre, o excerto tem a seguinte redação: “1º. Estar-se-á na presença de uma limitação da propriedade de direito privado quando esta tende a proteger o ‘vizinho’ e não a sociedade. 2º. Estar-se-á na presença de uma limitação da propriedade de direito público quando este tende a proteger a comunidade. 3º. No primeiro caso, o destinatário da norma é ‘singular’ em número, ou pessoas determináveis por se tratar de vizinhos. 4º. No segundo caso, o destinatário da norma não é singular em número, nem determinável, pois tal destinatário é a comunidade. 5º. Para que a limitação se considere de direito público, não é requisito que o prejuízo atinga toda uma entidade administrativa: os vizinhos de um bairro ou apenas de uma zona da cidade constituem o ‘público’, e a limitação imposta em benefício desses é restrição de direito público pois se trata de uma parte da comunidade”.

⁶⁶ Em sentido oposto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que o “conceito de propriedade garantida pela Constituição deve resultar da própria Constituição. Este conceito de propriedade em sentido constitucional não pode ser derivado de normas jurídicas subordinadas à Constituição, nem pode o alcance da concreta garantia da propriedade ser determinado na base de regras de direito privado” (Nassauskiesung, de 1981, segundo MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 737).

⁶⁷ Neste sentido EDMIR NETTO DE ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1012.

⁶⁸ Para MARÇAL JUSTEN FILHO, “rigorosamente, não se trata de uma limitação ao direito de propriedade, mas de definição jurídica desse direito” (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 414).

constituem os limites legais, o regime normal da propriedade”⁶⁹.

Este é, em nosso entender, o maior fundamento para a inoccorrência do direito de indenização nos casos de limitações administrativas, e não, como freqüentemente se sustenta, o fato de ser uma restrição de natureza geral.

Da simples generalidade por si só do ato restritivo, não decorre a inexistência do dever de indenizar. Quando, no entanto, a norma que estabelece a limitação ao direito de propriedade for de tal ordem que desnature este último ou inviabilize economicamente o mesmo, deverá a Administração Pública indenizar o cidadão sacrificado em benefício do interesse público.

Abordando o assunto e fornecendo exemplos, HELY LOPES MEIRELLES preleciona que as “limitações administrativas são, p. ex., o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos e a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural. Mas, se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem”⁷⁰.

De forma resumida, podem ser apresentadas seis características das limitações administrativas⁷¹, as quais são suficientemente elucidativas para que concluamos este breve exposição sobre o assunto:

1 – generalidade, na medida em que as limitações são dirigidas a todos os proprietários em igualdade de condições;

⁶⁹ *Limitações ao direito de propriedade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 6. O mesmo autor, citando CUNHA GONÇALVES, esclarece que as “restrições impostas à propriedade privada, como condições normais do exercício e da extensão do direito, não importam diminuição do patrimônio de quem as suporta” (p. 62).

⁷⁰ *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 551.

⁷¹ Características apresentadas por JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA (*Lecciones de derecho administrativo*. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 414).

2 – atualidade, porque constituem limites normais e permanentes do direito de propriedade.

3 – constância, pois são intrínsecas ao direito de propriedade;

4 – não extinção pelo uso;

5 – desnecessidade de indenização, porque a medida é geral e proporcional;

6 – ausência de limites no que tange ao número e classe, pois podem consistir em obrigações de fazer, de não fazer ou de deixar fazer.

4.4.2. Servidão Administrativa.

As servidões administrativas são restrições das faculdades de uso e fruição do direito de propriedade a favor de uma entidade pública, com escopo de servir ao uso público⁷². É um direito real de gozo⁷³, na medida em que recai sobre a propriedade e não sobre o proprietário⁷⁴. Esta restrição consiste em um dever de suportar⁷⁵ e, segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, também de não fazer⁷⁶.

No mesmo sentido, afirma HELY LOPES MEIRELLES que a servidão administrativa é “ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário”⁷⁷.

A partir de tal entendimento, que é repetido por grande parte da doutrina, infere-se que, em determinadas situações, o proprietário cujo direito é sacrificado poderá receber

⁷² ROBERTO DROMI. *Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2006, p. 949.

⁷³ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 136.

⁷⁴ MARÇAL JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 416.

⁷⁵ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Apontamentos sobre o poder de polícia*. RDP 9/55.

⁷⁶ *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 416.

⁷⁷ *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 537.

indenização. Em tese, não fará jus a indenização quando a servidão for imposta por lei. No entanto, quando esta for realizada por ato administrativo específico, ou seja, quando o proprietário verificar ter sido reduzida a disponibilidade plena e exclusiva de seu próprio bem, haverá necessidade da devida indenização⁷⁸.

Importante, desde o início, diferenciar a servidão administrativa da servidão de direito civil, que, no entendimento de HELY LOPES MEIRELLES, trata-se de direito real de um prédio em relação a outro, “com a finalidade de serventia privada *uti singuli*”, enquanto a administrativa “é ônus real do Poder Público sobre a propriedade particular, com finalidade de serventia pública – *publicae utilitatis*”⁷⁹.

Em acréscimo, mister diferenciar as servidões administrativas das limitações administrativas da propriedade. Sobre o assunto, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO esclarece que as primeiras se diferenciam das segundas em razão da generalidade do ato administrativo (leia-se também leis) que restringe o direito da propriedade⁸⁰. Sempre que um ato específico afete o direito de propriedade, estar-se-á diante de servidão. Assim, ao contrário das servidões, as limitações administrativas são sempre genéricas.

Por outro lado, se o ato for genérico e abstrato, poder-se-á estar diante de uma servidão ou de uma limitação administrativa. Segundo o entender deste doutrinador, tratar-se-á de limitação, e não de servidão, se a propriedade for afetada por um dever de abstenção. Em sentido contrário, a servidão se caracterizará quando o proprietário tiver que suportar determinado acontecimento, ou certa restrição de seu direito de propriedade que implique no efetivo sacrifício de seu direito de propriedade, e em um ônus real⁸¹.

⁷⁸ ROBERTO DROMI. *Derecho administrativo*. 11. ed., Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2006, p. 949.

⁷⁹ *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 537 e 538.

⁸⁰ “Se a propriedade é atingida por um ato específico, imposto pela Administração, embora calcada em lei, a hipótese é de servidão, porque as limitações são sempre genéricas. Se a propriedade é afetada por uma disposição genérica e abstrata, pode ou não ser caso de servidão. Será limitação e não servidão se impuser apenas um dever de abstenção: Um ‘non facere’. Será servidão se impuser um ‘pati’; obrigação de suportar” (*Apontamentos sobre o poder de polícia*. RDP 9/55). O mesmo autor, em sua obra *Curso de direito administrativo* (17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 800), manifesta-se da seguinte maneira: “toda vez que uma propriedade sofre restrições em decorrência de *ato concreto* da Administração, isto é, injunção decorrente do chamado *jus imperii*, estar-se-á diante de uma servidão”.

⁸¹ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 799.

A partir deste raciocínio, podemos inferir que a restrição de construção de edifícios até certa altura, sendo uma obrigação genérica de não fazer, é uma limitação administrativa ao direito de construir. Por outro lado, a obrigação de suportar a passagem de fios elétricos sobre o terreno de uma determinada propriedade é uma servidão administrativa porque onera diretamente o imóvel afetado com uma serventia pública⁸². O mesmo se observa, por exemplo, com outras questões relacionadas à tubulação para passagem de água ou esgoto, bem como com a mineração⁸³.

Ainda sobre esta distinção, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO acresce uma importante questão a ser observada:

“é essencial ao conceito de servidão a presença dos dois elementos: a coisa serviente e a coisa dominante, a primeira prestando utilidade à segunda. Eliminar do conceito de servidão administrativa a coisa dominante significa desnaturar o instituto tal qual tem sido concebido desde o direito romano e dar-lhe amplitude tão grande que abrangerá todas as restrições impostas pelo poder público à propriedade privada”⁸⁴.

Assim, podem ser identificados alguns critérios relevantes para a distinção destes dois institutos: a existência da coisa serviente e dominante, a imposição de distintas obrigações/deveres (de suportar e não fazer), e, por fim, menos importante em nosso entender, o da generalidade do ato administrativo.

Ademais, outra questão que merece realce é a possibilidade ou não de instituição de servidão administrativa mediante lei. Parte da doutrina defende a impossibilidade da instituição legislativa da servidão em virtude deste instituto somente poder decorrer de um ato administrativo concreto e determinado (tratar-se-ia, portanto, de uma situação de limitação administrativa)⁸⁵. De outro lado, como já havíamos afirmado anteriormente,

⁸² HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 538.

⁸³ A questão da passagem das águas é regulamentada pelo Código de Águas (Dec. 24693/34 – arts. 117 a 138, e 151 a 154) e pelo Decreto 35851/54. Também sobre a servidão administrativa, observam-se preceitos no Código de Mineração (Decreto-Lei 227/67) e Código do Petróleo (Decreto-Lei 3236/41), complementado pela Lei 2004/53).

⁸⁴ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.136.

⁸⁵ HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 539) sustenta que a servidão administrativa institui-se por acordo administrativo ou por sentença judicial,

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO sustenta que as servidões administrativas podem tanto se constituir mediante acordo e sentença judicial, como decorrer diretamente da lei, quando, então, não se faria necessário o registro da servidão administrativa⁸⁶.

Muito embora não seja o objeto deste trabalho, posicionamo-nos de acordo com esta doutrinadora, ou seja, julgamos possível que a servidão seja instituída por lei, sempre que houver dependência entre um bem e outro como critério essencial para a caracterização da servidão. Neste caso, portanto, seria perfeitamente admissível a ocorrência de tal forma de instituição.

Quanto ao direito de recebimento de indenização, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo ser este possível desde que se configure a redução do potencial econômico da propriedade, decorrente de um ato administrativo específico⁸⁷. Isto se justifica tendo em vista que, ao contrário do que ocorre na desapropriação, o proprietário mantém a titularidade da propriedade, motivo pelo qual somente poderá ser indenizado se sofrer prejuízos, sob pena de enriquecimento ilícito. Caso a servidão derive de lei, os proprietários prejudicados não farão jus à referida indenização em nenhuma hipótese⁸⁸.

precedida de ato declaratório da servidão. Ademais ressalta que esta, para que venha a conhecimento de terceiros e tenha eficácia *erga omnes*, deve ser devidamente registrada, conforme consta do art. 168, I, f, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73).

⁸⁶ *Direito administrativo*. 20.^aed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 137: “De modo geral, as servidões administrativas se constituem por uma das seguintes formas:

“1. decorrem diretamente da lei, independentemente a sua constituição de qualquer ato jurídico, unilateral ou bilateral. Exemplo: servidão sobre as margens dos rios navegáveis e servidão ao redor dos aeroportos; alguns autores consideram essas servidões como limitações à propriedade, por incidirem sobre imóveis indeterminados: consideramos como servidões, por haver a coisa dominante: no primeiro caso, o serviço público de policiamento das águas e, no segundo, o bem afetado à realização do serviço de navegação aérea”. No mesmo sentido, EDMIR NETTO DE ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1018.

⁸⁷ HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 540.

⁸⁸ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito administrativo*. 20.^aed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 145: “Não cabe direito à indenização quando a servidão decorre diretamente da lei, porque o sacrifício é imposto a toda uma coletividade de imóveis que se encontram na mesma situação. Somente haverá direito à indenização se um prédio sofrer prejuízo maior, por exemplo, se tiver de ser demolido”. Também EDMIR NETTO DE ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1020: “Neste último caso, de servidões instituídas diretamente pela lei, a regra é a *não indenizabilidade*, a não ser expressamente prevista, porque o sacrifício é imposto a toda uma coletividade de imóveis (determinados ou determináveis) que se encontram na mesma situação. Mas mesmo quando na servidão imposta pela lei, a individualização de um prejuízo concreto e insuportável a um dos proprietários pode acarretar o ressarcimento”.

4.4.3. Ocupação temporária e a requisição.

A propriedade do particular pode, conforme o interesse público envolvido, sofrer determinadas restrições de uso. Em caso de guerra ou perigo público iminente, nos termos do art. 5.º XXV da Constituição Federal⁸⁹, a Administração Pública poderá determinar a ocupação temporária do bem privado, assegurada a posterior indenização em caso de dano.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, a “ocupação temporária consiste no apossamento de bem privado para uso temporário, mediante ato administrativo unilateral, em caso de iminente perigo público, com o dever de restituição no mais breve espaço de tempo e o pagamento da indenização pelos danos eventualmente produzidos”⁹⁰.

Trata-se, portanto, de uma aquisição, por razões de interesse público, de forma transitória ou provisória, do uso e gozo de um bem da pessoa privada, não havendo transferência de domínio. A ocupação temporária pode recair sobre qualquer bem que seja passível de desapropriação⁹¹. Normalmente, fundamenta-se na necessidade de local para depósito de obras e serviços públicos nos arredores da propriedade particular ocupada⁹².

Como esclarece EDMIR NETTO DE ARAÚJO, a ocupação temporária aproxima-se da servidão administrativa, mas dela se diferencia pois seus efeitos perduram por tempo determinado ou determinável (*transitório*), enquanto nas últimas eles são permanentes⁹³.

⁸⁹ A referida norma tem a seguinte redação: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. Frise-se que o mencionado dispositivo legal não é único que se refere à ocupação temporária, podendo ainda serem lembrados o Decreto-Lei 1864/81 (direcionado para a pesquisa e lavra de petróleo), o Decreto-Lei 1865/81 (para minérios nucleares), bem como a Lei 8666/93 (Lei de Licitações, com as alterações trazidas pela Lei 883/94), em seu art. 80, inc. II.

⁹⁰ *Curso de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 424.

⁹¹ ROBERTO DROMI. *Derecho administrativo*. 11. ed., Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2006, p. 977.

⁹² HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 543.

⁹³ *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1014.

Da mesma forma, a ocupação temporária não pode ser confundida com as limitações administrativas, pois naquela há a efetiva utilização do imóvel pelo Estado e, por seu turno, nestas ocorre a manutenção da utilização da propriedade pelo particular, sendo apenas afetada sua esfera de poder sobre o próprio bem.

Ademais, não se confunde ocupação temporária com desapropriação, na medida em que nesta última há propriamente a perda da propriedade.

A requisição, por seu turno, é entendida por MARÇAL JUSTEN FILHO como espécie da ocupação temporária, distinguindo-se desta pelo fato de não ser dirigida a bens cuja natureza seja essencialmente consumível e não durável⁹⁴. No entanto, para ODETE MEDAUAR, a diferença nuclear entre os dois institutos reside no fato da requisição se justificar diante de um iminente perigo público, ausente na ocupação temporária⁹⁵.

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a requisição é “ato administrativo unilateral, auto-executório e oneroso, consistente na utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração, para atender a necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente”⁹⁶.

Corroborando com tal entendimento, sustenta CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, que a requisição é o “ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e auto-executório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe *transitoriamente o uso* de uma coisa *in natura*, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado”⁹⁷.

Pelo que se infere das diversas definições acima transcritas, a requisição constitui-se como um ato administrativo unilateral e auto-executório justamente porque não depende da concordância do particular e tampouco da atuação do Poder Judiciário. No entanto, convém não olvidar que o valor da indenização pode ser discutido

⁹⁴ *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.425.

⁹⁵ *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.347.

⁹⁶ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.123.

⁹⁷ *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 797.

judicialmente, quando então poderá ser analisado o mérito da requisição por meio de seus requisitos acima descritos⁹⁸.

Ante o grau da interferência no direito de propriedade, do qual fica privado por completo seu titular, ainda que por tempo determinado, em regra, é uma restrição onerosa, sendo o proprietário indenizado *a posteriori*.

Aliás, este é um dos principais aspectos aptos a caracterizar, com bastante evidência, a diferença entre a desapropriação e a requisição, eis que, na primeira, faz-se necessária a indenização justa e prévia, não se admitindo que seja feita posteriormente. Ademais, podemos apresentar as seguintes distinções entre os dois institutos: i) a requisição abrange bens e serviços, enquanto a desapropriação somente pode recair sobre bens; ii) a requisição somente visa o uso e não a aquisição da propriedade, ao contrário da desapropriação; iii) a requisição visa a atender necessidades transitórias, ainda que prementes, enquanto a desapropriação é voltada para o atendimento de necessidades constantes e permanentes, mas não emergenciais; e iv) a requisição é auto-executável, isto é, não demanda o procedimento tão elaborado característico da desapropriação, como veremos no momento oportuno⁹⁹.

Por fim, convém salientar que a requisição pode ser civil, quando voltada para a salvaguarda da vida humana, da saúde e de bens da coletividade; ou então militar, quando visa o resguardo da segurança interna e da soberania nacional¹⁰⁰. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO também as divide em requisições em tempo de guerra e requisições em tempo de paz, a qual, contudo, não implica na diferença de tratamento entre as duas modalidades¹⁰¹.

⁹⁸ HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 541.

⁹⁹ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 798.

¹⁰⁰ A requisição civil é prevista em legislação variada, de acordo com os escopos aos quais se destina. Tratando-se de preservação de bens ou serviços essenciais ao abastecimento da população, mencione-se a Lei Delegada 4/62, o Decreto 51644-A/62, o Decreto-Lei 2/66, bem como o Decreto 57844/66. Já no que diz respeito à requisição em virtude de calamidade pública, perigo público iminente ou ameaça de paralisação das atividades de interesse da população a cargo de entidades da Previdência e Assistência Social, verifique-se a Lei 6439/77. Para a requisição em tempos de guerra, existe o Decreto-Lei 4812/42.

¹⁰¹ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 125: “Em suas origens no direito brasileiro, só se admitiam as requisições em tempo de guerra ou de comoção intestina grave. (...) Mais recentemente, passaram-se a admitir, visando à intervenção no domínio econômico, as requisições em tempo de paz. (...) Em qualquer das duas modalidades, a requisição caracteriza-se por ser procedimento unilateral e auto-executório, pois independe da aquiescência do particular e da prévia intervenção do Poder Judiciário; é

4.4.4. Tombamento.

O tombamento é uma restrição, fundamentada nos artigos 23, III, e 216, § 1º, da Constituição Federal, que ocorre por meio de uma declaração que afeta o caráter absoluto da propriedade visando preservar o patrimônio histórico, cultural e artístico nacional¹⁰².

De acordo com o art. 216 em comento, “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

“I – as formas de expressão;

“II – os modos de criar, fazer e viver;

“III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

“IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

“V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Em acréscimo, determina o § 1º do mesmo dispositivo legal que: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade promoverá e protegerá o patrimônio cultural

também oneroso, porque dá direito à indenização *a posteriori*. Mesmo em tempos de paz, só se justifica em caso de perigo iminente”.

¹⁰² MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 131: “O tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária, ‘o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (art 1º do Decreto-Lei 25, de 30-11-37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional)’”.

brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, *tombamento* e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e prevenção” (*grifo nosso*).

Conforme se observa da norma acima transcrita, o tombamento é somente uma das diversas medidas que podem ser tomadas para proteção do patrimônio cultural, histórico e artístico do país, as quais incluem até mesmo a desapropriação, quando houver necessidade de retirada de domínio do proprietário¹⁰³.

Sendo assim, o tombamento é sempre parcial, não podendo ensejar uma restrição total do direito da propriedade. Se para a obtenção dos objetivos do tombamento for necessária uma interdição que implique na perda do direito dominial, a Administração Pública não deverá proceder ao tombamento e sim à desapropriação.

Feitas estas primeiras considerações, podemos definir o tombamento, nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO como “um regime jurídico específico, imposto por ato administrativo unilateral de cunho singular, quanto ao uso e fruição de coisa determinada, cuja conservação seja de interesse da coletividade e consistente em dever de manter a identidade dele, podendo gerar direito de indenização”¹⁰⁴.

Complementando a conceituação acima declinada, trazemos à baila os comentários tecidos por EDMIR NETTO DE ARAÚJO sobre o assunto, o qual sintetiza as principais características do instituto: “Tombamento, portanto, equivale a atividade de colocar sob o abrigo e a tutela pública os bens que, por suas características históricas, artísticas, naturais e arqueológicas, por exemplo, mereçam integrar o patrimônio cultural do país, mas não só, pois outras manifestações culturais merecem, constitucionalmente, proteção similar. Tratam-se de restrições parciais, tomando a conotação de interesse público, e não impedindo em regra, o exercício dos direitos de domínio (por isso geralmente não indenizáveis), não podendo atingir integralmente o exercício dos direitos de propriedade, caso em que impõe-se a desapropriação, seja pelo fundamento do art. 5º, k, da Lei de Desapropriações (Decreto-Lei 3665/41), seja, na

¹⁰³ MARIA SYLVIA DI PIETRO (*Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 125), ao comentar acerca das outras formas de acautelamento e preservação, assinala que, em caso de bens que ainda não tenham sido tombados, a ação popular e a ação civil pública são mais eficazes como forma de proteção.

¹⁰⁴ *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 420.

omissão da Administração, por meio da já estudada ação de indenização que se costuma denominar desapropriação indireta”¹⁰⁵.

O tombamento pode ser de ofício, voluntário ou compulsório. É de ofício quando recai sobre bens públicos. Se incide sobre bens particulares, é considerado como voluntário quando decorre do pedido do próprio titular da coisa, ou então, quando este, uma vez notificado, anuir com o tombamento; e como compulsório quando a iniciativa parte do Poder Público, à revelia do proprietário¹⁰⁶.

Além disso, observa-se a existência de um tombamento provisório e um definitivo, ocorrendo o primeiro a partir da notificação do proprietário e o segundo somente após o registro no Livro do Tombo, quando os bens passam a ser de interesse público, mesmo que pertençam a particulares.

Por fim, no que tange ao objeto do tombamento, este é dividido em geral e individual. É geral quando atinge todos os bens existentes em um determinado local, e configura-se como individual quando se refere a uma única coisa, devidamente determinada.

Como MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO esclarece, o Decreto-Lei 25/37 determina os efeitos a serem produzidos pelo tombamento, no que tange à alienação, deslocamento, eventuais transformações, imóveis vizinhos, conservação e fiscalização¹⁰⁷. Em razão de tais efeitos, surgem obrigações para o proprietário, para os vizinhos e para o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional).

No que tange ao proprietário do bem tombado, observa-se a imposição de *obrigações positivas*, que determinam que o proprietário deverá conservar e preservar o bem, ou, se não tiver meios para tanto, comunicar a necessidade de reparos ao órgão competente, sob pena de multa. Além disso, em caso de alienação onerosa, deverá propiciar o exercício do direito de preferência da União, dos Estados e Municípios, sob pena de nulidade do ato, multa e seqüestro do bem.

Há, ainda, *obrigações negativas*, que impedem que o titular possa destruir, demolir ou mutilar e reparar, somente podendo efetuar pintura ou restauração com a

¹⁰⁵ *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1060.

¹⁰⁶ EDMIR NETTO DE ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1065.

¹⁰⁷ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.130.

prévia autorização do IPHAN, também sob pena de multa. Ademais, tratando-se de bens móveis, não poderá retirá-los do país, a menos que seja por prazo curto para fins de intercâmbio cultural, contando sempre com a anuência do IPHAN; caso contrário, o bem ficará sujeito a seqüestro, bem como o proprietário poderá ser indiciado pelo crime de contrabando e multa. Por fim, há ainda as *obrigações de suportar*, por meio das quais o proprietário deve admitir a fiscalização do bem pela autoridade competente, também sob pena de multa em caso de oposição de obstáculos indevidos à vigilância¹⁰⁸.

Com relação aos proprietários dos imóveis adjacentes, estes não poderão fazer construções que impeçam ou reduzam a visibilidade da coisa tombada, nem nela poderão afixar anúncios ou cartazes, sob pena de destruição da obra ou retirada do objeto, com imposição de multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do objeto. Observa-se, nesta hipótese, a ocorrência de uma servidão administrativa, que decorre do ato do tombamento, independentemente de sua transcrição.

No que tange às obrigações que são geradas ao IPHAN, tratam-se i) da execução de obras de conservação do bem tombado, quando o proprietário não puder fazê-lo, ou então de providenciar sua desapropriação; ii) da vigilância sobre o bem, com as inspeções que se fizerem necessárias; e iii) da transcrição do tombamento no Registro de Imóveis para assegurar o direito de preferência dos entes políticos (União, Estados e Municípios)¹⁰⁹.

Por fim, cumpre esclarecer que, em tese, o tombamento não confere ao titular da propriedade o direito à indenização, devendo este último demonstrar o prejuízo suportado pela medida imposta ao seu patrimônio¹¹⁰.

4.4.5. Parcelamento, edificação e utilização compulsórios.

A municipalidade, unilateralmente, tem a competência de determinar que o proprietário realize o parcelamento, edificação ou utilização da propriedade imóvel, para que a função social desta seja atingida.

¹⁰⁸ EDMIR NETTO DE ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1068.

¹⁰⁹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.132.

¹¹⁰ HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 492.

Como será oportunamente analisado, o conteúdo da função social da propriedade sempre deverá estar expressamente previsto no ordenamento jurídico. Sem respaldo legal, o administrador público não poderá, livremente, julgar se determinada propriedade cumpre ou não sua função social. Portanto, para que isso ocorra, deverá existir legislação regulamentando a matéria.

Em razão disto, o estatuto da cidade exige que para que se proceda ao parcelamento, deverá existir, obrigatoriamente, um Plano Diretor contemplando esta restrição, assim como uma legislação específica regulamentando a matéria.

O parcelamento, em linhas gerais, consiste no desmembramento da propriedade. Em tese, propriedades desmembradas poderão, de forma mais fácil, atender suas respectivas funções sociais, evitando-se, desta forma, a especulação imobiliária.

A obrigação de edificação se refere à necessidade do proprietário de realizar uma obra na mencionada propriedade, nos termos da lei de zoneamento, para sua utilização. Seria completamente incoerente exigir a realização de uma edificação no terreno apenas e simplesmente, sem ter em vista a obrigação de utilização.

Como bem relata MARÇAL JUSTEN FILHO, o fato de serem compulsórias tais obrigações não significa que, diante do seu não cumprimento, poderá o Poder Público “se substituir ao proprietário, produzindo diretamente esses atos”¹¹¹.

Na verdade, o próprio estatuto da cidade trouxe algumas sanções, em caso de inadimplemento do particular. Diante de sua inércia, o Poder Público deverá fazer incidir IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano), com alíquota progressiva no tempo.

Se mesmo assim, o proprietário não cumprir com as exigências que lhe forem impostas, poderá, então, o Município desapropriá-lo, pagando a devida indenização mediante títulos da dívida pública, cujo valor tomará por referência a base de cálculo do Imposto Predial Territorial Urbano.

Oportunamente, analisaremos melhor esta questão, especialmente no que tange a indenização.

¹¹¹ *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p.428.

4.4.6. Desapropriação.

A desapropriação, que será oportunamente analisada de forma mais detida, é um procedimento, isto é, uma seqüência lógica e coordenada de atos administrativos e jurisdicionais, na qual a Administração, mediante pagamento de justa indenização, adquire determinado direito de propriedade, para atender a interesse público.

A principal distinção entre a desapropriação e as outras modalidades de restrições ao direito de propriedade é que nesta há a privação completa e permanente do patrimônio.

Na ocupação temporária e na requisição, ocorre, assim como na desapropriação, a privação completa do bem, em todos seus efeitos, a qual, todavia, não tem caráter permanente. Na requisição, às vezes, ocorre a perda da propriedade, se ela incidir sobre coisa consumível, como alimentos, por exemplo.

Por seu turno, nas restrições restantes (limitação administrativa, servidão, tombamento, edificação e parcelamento compulsórios), como regra, estão presentes apenas um ou, no máximo, dois tipos de restrição às faculdades ou atributos do direito de propriedade.

Além disso, nem todas as restrições geram direito de indenização ao proprietário do bem, mas tão-somente a servidão administrativa, a ocupação temporária e a requisição, dependendo do caso concreto. Além disso, a indenização, em tese, será paga posteriormente, em estrita correspondência ao dano sofrido.

5. CONCEITO E ELEMENTOS DA DESAPROPRIAÇÃO.

5.1. Conceito de desapropriação.

Após breve análise do desenvolvimento do instituto da desapropriação, ao longo da história, indispensável a apresentação da noção e do conceito do tema central objeto deste trabalho.

Na doutrina pátria, assim como na alienígena, a desapropriação vem sendo abordada historicamente sob dois principais pontos de vistas: i) como forma de aquisição de um bem do particular e ii) como imposição de um sacrifício, isto é, uma restrição ao direito da propriedade do particular¹¹².

De fato, pouco importa o foco a ser dado, se sob a óptica da Administração ou do particular, é inegável que existe uma aquisição e, por consequência, uma perda do direito de propriedade.

Em nosso entendimento, a desapropriação é uma seqüência lógica e coordenada de atos (administrativos e jurisdicionais), fundada em uma finalidade pública, na qual o expropriante adquire determinada propriedade do expropriado, mediante indenização¹¹³.

Identifica-se, desta forma, que a desapropriação, muito mais do que um ato administrativo¹¹⁴ ou uma decisão jurisdicional, é um procedimento¹¹⁵. Procedimento

¹¹² Neste sentido, FERNANDO ALVES CORREIA. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p.77.

¹¹³ Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, trata-se do “procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público” (*Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 758); MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: “A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização” (*Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.145); DIOGENES GASPARINI: “o procedimento administrativo pelo qual o Estado, compulsoriamente, retira de alguém certo bem, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social e o adquire, originamente, para si ou para outrem, mediante prévia e justa indenização, paga em dinheiro, salvo os casos que a própria Constituição enumera, em que o pagamento é feito com títulos da dívida pública (art.182, §4.º, III) ou da dívida agrária (art. 184)” (*Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 620).

este estritamente regrado pelas legislações em vigor, ao qual a Administração está vinculada.

Indispensável salientar que, no procedimento expropriatório, a finalidade pública difere de seu objeto, porém, a ele se relaciona, ou seja, antes mesmo da abertura do referido procedimento, a autoridade administrativa identifica uma necessidade pública que apenas será sanada com a aquisição dos bens objeto da desapropriação.

Nestes termos, a desapropriação não é um fim em si mesma. Sua validade estará sempre condicionada à real consecução da finalidade pública descrita no decreto expropriatório. Ao fazer uma analogia com a Teoria Geral do Direito Processual, a desapropriação, desta forma, possui dois objetos: o primeiro, imediato, que é a aquisição do direito de propriedade e, o segundo, o mediato, que vem a ser a finalidade que justificou sua execução.

Assim, pode-se asseverar que a desapropriação busca sua validade jurídica na finalidade pública motivadora de sua instauração. Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça¹¹⁶ assentou que “se a finalidade referida no decreto expropriatório é fraudada, desmerece-se, por si própria a desapropriação”.

Sobre esta questão, sustenta DIOGENES GASPARINI que “a expropriação, portanto, só pode acontecer em razão dessa finalidade pública, e a utilização do bem para outro fim (locação ou venda a particular) destituído de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, caracteriza *desvio de finalidade*”¹¹⁷.

¹¹⁴ Para MARÇAL JUSTEN FILHO, desapropriação não é um procedimento e sim, um ato administrativo ou jurisdicional, muito embora entenda ser necessário a realização de um procedimento prévio (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 429).

¹¹⁵ Em entendimento contrário, MARÇAL JUSTEN FILHO entende que a desapropriação é uma ato estatal unilateral (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 429).

¹¹⁶ “Administrativo. Desapropriação. Finalidade social. Inocorrência. I – Conquanto ao judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato bem como à finalidade pois, aí, reside o freio à discriminariiedade, por isso que a declaração de utilidade pública terá de indicar, precisamente, o fim a que se destina a expropriação. II – Tendo em conta o interesse público, é vedada à administração desapropriar ‘para construção de imóveis’ sem especificar a perseguição do interesse público, é dizer, a finalidade. III - Se a finalidade referida no decreto expropriatório é fraudada, desmerece-se, por si própria, a desapropriação. IV – Recurso provido e remessa dos autos ao Pretório Excelso” (STJ, 1. T., REsp 1225-ES, Rel. Min. GERALDO SOBRAL, j. em 14.03.90, v.u).

¹¹⁷ *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 634.

Assim, neste capítulo, serão analisados alguns elementos essenciais da desapropriação que são: sujeitos passivos e ativos; o bem a ser expropriado; o justo título e a indenização.

5.2. Sujeitos passivos e ativos da desapropriação.

Como visto anteriormente, o art. 22, II, da CF, confere competência exclusiva à União para legislar sobre desapropriação¹¹⁸. Isto não quer dizer, todavia, que somente a União tenha competência para declarar a utilidade pública ou interesse social de um bem, razão pela qual cumpre tecer alguns comentários sobre os sujeitos ativos e passivos de uma desapropriação.

Conforme esclarece JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, a mencionada declaração poderá ser feita por decreto do Presidente da República, dos Governadores dos Estados, Distrito Federal e Territórios, de possíveis interventores estaduais ou municipais e dos Prefeitos do Município, bem como por meio de lei, de iniciativa do Poder Legislativo federal, estadual ou municipal. A respeito desta espécie anômala de declaração de utilidade pública ou interesse social, afirma o respeitável doutrinador que a lei, na verdade, constitui, materialmente, efetivo ato administrativo, motivo pelo qual poderá ter sua validade discutida judicialmente¹¹⁹.

O sujeito ativo de um processo de desapropriação é sempre o poder expropriante, ou seja, aquele ao qual é conferido o “direito subjetivo de expropriar”¹²⁰. Como, porém, há diversas espécies de desapropriação, nem sempre todas as entidades acima mencionadas terão legitimidade para a declaração. Desta forma, cada caso será separadamente.

O art. 2º da Lei de Desapropriação estabelece que podem ser sujeitos ativos da desapropriação por utilidade pública ou interesse social a União, os Estados, os

¹¹⁸ Nos termos do parágrafo único do mencionado art. 22, a lei complementar poderá autorizar o Estado a legislar sobre questões específicas acerca da presente matéria. Entretanto, até o momento não existe lei complementar nesse sentido.

¹¹⁹ *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 141.

¹²⁰ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 153.

Municípios, o Distrito Federal e os Territórios. A questão dos Territórios é bastante interessante, porque estes, apesar de não serem considerados entes políticos, têm competência não somente para a declaração da utilidade pública ou interesse social, como também para promover a desapropriação. Durante muito tempo, verificou-se discussão acerca de sua natureza, assunto, no entanto, que apenas se registra, já que perdeu importância com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que, em seu art. 41, classificou-os como pessoas jurídicas de direito público interno.

Além disso, excepcionalmente, como relata CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, concede-se poder desapropriatório a outras entidades, o que ocorreu com o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), por meio do Decreto-Lei 512, de 21.3.1969. Ocorre que, antes da entrada em vigor do mencionado decreto, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo podia editar declarações de utilidade pública, com fundamento na Lei Federal 302, de 13.07.1948, que acabou por ser revogada pelo Decreto-Lei 512¹²¹. Em virtude disso, como relata JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, o Departamento estadual solicitou ao Governador que tomasse as medidas cabíveis para que fosse procedida a delegação da referida competência ao seu superintendente. Após intensa discussão doutrinária, chegou-se à conclusão de que esta competência não poderia ser delegada, tendo em vista que a declaração de utilidade pública é própria do poder de império e, por isso, indelegável. Assim, atualmente o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo somente promove as desapropriações, competindo ao Governador a edição das mencionadas declarações de utilidade¹²². No que diz respeito à esfera federal, nos termos do art. 82, inc. IX, da Lei 10233, de 05.06.01, o Departamento Nacional de Infra Estrutura e Transportes (DNIT) é o órgão competente para a declaração de utilidade pública para implantação do sistema federal de viação.

¹²¹ *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 768. O mesmo autor relata que foi concedido o poder de declarar a utilidade pública também à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), somente no que diz respeito às áreas necessária para a instalação de concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de prestação de energia elétrica. Também discutindo esta matéria, EDMIR NETTO DE ARAÚJO admite que foi concedida esta competência a ANEEL, mas ressalta que não se trata de própria dessa agência, exemplificando seu entendimento com a consideração de que a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP) apenas propõem a edição desta declaração ao Presidente da República, que é a autoridade competente (*Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1035).

¹²² *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 148.

No que diz respeito à desapropriação por interesse social¹²³ devem ser diferenciadas três situações: se esta for fundamentada no artigo 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal¹²⁴, aplica-se a regra geral de que todos os entes acima mencionados podem desapropriar; se, de outro lado, se tratar de desapropriação com fundamento no art. 182 da CF, §§ 3º e 4º, inc. III¹²⁵, isto é, relativa a terrenos urbanos mal utilizados ou não utilizados, o sujeito ativo será sempre o Município; por fim, se for aquela com esteio no art. 184¹²⁶, destinada à reforma agrária, disciplinada pela Lei Complementar 76, de 6.7.93, com as alterações trazidas pela Lei Complementar 88, de 23.12.96, bem como pela Lei 8629, de 25.2.93, alterada pela Medida Provisória 2027-42, de 28.8.00, será somente competente a União.

Há que se diferenciar, ainda, a competência para declarar a utilidade pública ou interesse social da competência para *promover* a desapropriação, isto é, praticar os atos necessários para que ela se realize¹²⁷. Como já esclarecido anteriormente, a declaração tem por escopo a comunicação aos interessados de que um determinado bem é de

¹²³ Para análise deste tipo expropriatório, bem como do procedimento da desapropriação por interesse público, verifique-se o Capítulo próprio.

¹²⁴ O mencionado inciso tem a seguinte redação: “XXIV - 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”.

¹²⁵ Dos referidos parágrafos consta o seguinte: “§ 3º. As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”; e “§ 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 Senador 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”.

¹²⁶ “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”.

¹²⁷ JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 141: “Relembre-se, ademais, que a declaração de utilidade pública não se confunde com a desapropriação propriamente dita.

“Pela primeira, declara-se um bem de utilidade pública ou de interesse social, para fins de expropriação.

“A desapropriação, entretanto, só se verifica com o acordo entre expropriante e expropriado para transferência do imóvel deste para aquele, ou principia com a citação para a ação judicial intentada, com o referido objetivo, pelo Poder Público ou por seus delegados. (...)

“Veremos, entretanto, que a desapropriação propriamente dita poderá ser promovida por outras entidades e pessoas, além do Poder Público”. Verifique-se, igualmente, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 768: “Competentes para submeterem um bem à força expropriatória, isto é, competentes para declararem a utilidade pública ou interesse social de um bem para fins de desapropriação, são a União, os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. (...) Podem promover a desapropriação (...), além da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, as autarquias, os estabelecimentos de caráter público em geral ou que exerçam funções delegadas do Poder Público e os concessionários de serviço, quando autorizados por lei ou contrato”.

utilidade pública ou interesse social, não importando na desapropriação de imediato. Para que ele se concretize, é necessária a realização dos atos previstos em lei. É esta fase que se nomina de promoção da desapropriação.

A promoção da desapropriação, obviamente, não poderá ser feita por lei, eis que o Legislativo apenas pode tomar a iniciativa da desapropriação. Os demais entes anteriormente mencionados têm capacidade também para a promoção da desapropriação, com o acréscimo dos previstos no art. 3º do Decreto-Lei 3365/41, que tem a seguinte redação: “Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato”.

O referido artigo, ainda que aparente simplicidade, deve ser estudado com cautela.

No que tange ao termo “concessionários de serviços públicos”, dúvidas não surgem em virtude do desenvolvendo doutrinário e legislativo do instituto da concessão. No entanto, a mesma obviedade não se aplica aos referidos estabelecimentos de caráter público. De acordo com JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, estes seriam as autarquias e as fundações públicas¹²⁸; no entanto, novamente nos vemos no dilema de determinar se as fundações são entidades de direito privado ou de direito público. Na Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos, fala-se expressamente em “fundações públicas”, o que, em princípio resolveria a questão que se discute. No entanto, a Emenda Constitucional 19, de 04.06.1998, deu nova redação ao art. 37, XIX, substituindo o termo “fundação pública” pelo vocábulo “fundação”, o que fez com que se questionasse novamente a matéria. Por fim, o Código Civil de 2002, em seu art. 44, inc. III, classificou as fundações expressamente como pessoas jurídicas de direito privado. Assim, é de se questionar se realmente é possível que uma fundação possa promover um processo desapropriatório.

Por fim, no que tange aos estabelecimentos que “exercem funções delegadas de Poder Público”, por exclusão das concessionárias, há que se considerar i) as empresas estatais, entre as quais se inserem as empresas públicas e as sociedades de economia mista, como aquelas que, ainda que não tenham esta natureza, estejam submetidas ao

¹²⁸ *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 148.

controle estatal, em virtude de terem sido adquiridas pelo Poder Público; e (ii) as fundações governamentais.

Como bem lembrado por JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, as mencionadas empresas estatais não mantêm com a entidade a que se vinculam relação jurídica de concessão de serviço. O trabalho a ser realizado faz parte do próprio escopo daquela empresa¹²⁹. Com efeito, somente se fala em concessão quando a empresa presta serviços públicos de competência de outro ente estatal que não aquele ao qual se filia. Fora destas hipóteses, há apenas outorga legal¹³⁰.

Ressalte-se, porém, que todas as entidades acima mencionadas devem proceder à desapropriação com seus próprios recursos, e somente podem fazê-lo quando autorizados por contrato ou por dispositivo legal¹³¹. Preenchidos estes requisitos, o bem expropriado passará a integrar o seu patrimônio, e não o do Poder Público.

De acordo com EDMIR NETTO DE ARAUJO, também a pessoa política pode promover a desapropriação, utilizando recursos do Tesouro, com destinação a entidades descentralizadas, para as quais a propriedade do bem será transmitida, bem como para o uso de concessionárias e outras delegadas de serviço público, quando então, o bem será incorporado à Fazenda Pública¹³².

Importante que não se confunda o sujeito ativo da desapropriação, com o beneficiário da desapropriação, que desfruta do bem expropriado, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei 3365/41, objeto de análise no tópico seguinte¹³³.

O sujeito passivo da desapropriação, de outro lado, pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada. Quanto às pessoas jurídicas, há que se observar o disposto no artigo 2.º, § 2º, da Lei de Desapropriação, estudado no capítulo subsequente.

¹²⁹ A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 152.

¹³⁰ HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 340.

¹³¹ EDMIR NETTO DE ARAUJO. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1033.

¹³² *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1034. JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES também sustenta que, em caso de ausência de autorização, as entidades políticas podem desapropriar bens em seu favor. Não esclarece, contudo, se o bem expropriado será incorporado à Fazenda Pública ou integrará o patrimônio da empresa (*Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 156).

¹³³ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 154.

5.3. Bens passíveis de expropriação.

Como assinala ODETE MEDAUAR, observa-se uma grande evolução no instituto da desapropriação, o qual, inicialmente, era voltado somente para a expropriação de bens imóveis destinados, de maneira geral, à execução de obras públicas. Com o desenvolvimento da matéria, passou a predominar o entendimento de que a desapropriação também pode atingir bens móveis¹³⁴.

Sobre o assunto MIGUEL S. MARIENHOFF esclarece que se pode verificar a existência de duas correntes: a primeira que sustenta que a desapropriação não deve recair sobre bens móveis, já que estes são de fácil aquisição pelo Estado, não havendo necessidade de expropriação; de outro lado, a segunda defende que, muitas vezes, é conveniente ou mesmo indispensável ao Estado a desapropriação destes bens para satisfazer o interesse público¹³⁵.

Saliente-se, desde logo, que na legislação brasileira a desapropriação pode atingir qualquer tipo de bem, inclusive os incorpóreos, como os direitos autorais, considerados no seu aspecto patrimonial¹³⁶.

É de se observar, contudo, que tal entendimento não é unânime, sendo a desapropriação de bens móveis vedada nas legislações italiana, francesa e portuguesa¹³⁷, mas autorizada, por exemplo, na legislação argentina¹³⁸.

¹³⁴ *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 156.

¹³⁵ *Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 214.

¹³⁶ A menção de que somente os direitos patrimoniais de autor podem ser expropriados se faz necessária tendo em vista que estes direitos envolvem não somente o aspecto patrimonial, como também o extrapatrimonial ou moral, caracterizando-se como direitos da personalidade. Desta forma, os direitos morais de autor são indisponíveis e inalienáveis, enquanto que os direitos patrimoniais podem ser objeto de negócios jurídicos.

¹³⁷ De acordo com o art. 1º, da Lei Portuguesa 168/99, de 19 de setembro, são passíveis de serem desapropriados todos os bens imóveis e direitos a eles relativos.

¹³⁸ MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. IV. 6.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 211 e 213: “Todo aquello que tenga um valor patrimonial o económico, todo aquello que constitucionalmente integre el concepto de ‘propiedad’, téoricamente puede ser objeto de expropiación (...) Ningún bien de carácter patrimonial, de valor económico, se sustrae, pues, a la posibilidad de ser expropiado. Es la regla general”.

De acordo com o art. 2º do Decreto-Lei 3365/41, todos os bens são passíveis de desapropriação, o que não nos desobriga de comentar com mais vagar alguns deles, que, devido a características que lhe são inerentes podem receber tratamento diferenciado.

No que tange aos *bens privados*, a desapropriação pode recair sobre quaisquer tipos de imóveis, inclusive o espaço aéreo e subsolo (conforme § 1º do art. 2º do Decreto-Lei 3365/41), bem como móveis e semoventes¹³⁹.

De acordo com o art. 1229, do Código Civil¹⁴⁰, a propriedade do solo abrange também o espaço aéreo e o subsolo. Em virtude disso, como bem assinala EDMIR NETTO DE ARAÚJO, “o espaço aéreo ou o subsolo só são desapropriáveis quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial ao proprietário do solo”¹⁴¹.

Frise-se, em acréscimo, que as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, bem como os monumentos arqueológicos constituem propriedade distinta da do solo no qual se encontram (art. 1230, do Código Civil), pertencendo, na realidade, não ao particular, mas sim à União, conforme se observa do art. 176 da Constituição Federal.

Por consequência, pertencendo à União, não podem ser desapropriados. Como veremos adiante, os bens públicos podem ser desapropriados, mas não os pertencentes à esfera federal. Ressalve-se, porém, a possibilidade de que as referidas jazidas ou minas tenham tido sua existência declarada pelo proprietário do solo enquanto vigente o Código de Minas. Neste caso, os bens não foram destinados à União, mantendo-se sob a titularidade dos proprietários do solo no qual foram encontrados¹⁴².

Os bens expropriáveis, igualmente, podem pertencer a qualquer pessoa, não sendo excepcionado nem mesmo o patrimônio de cultos religiosos, inclusive da Igreja

¹³⁹ HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 515.

¹⁴⁰ O mencionado artigo tem a seguinte redação: “A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las”.

¹⁴¹ *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1033.

¹⁴² JOSÉ CARLOS DE MOREIRA SALLES. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 128.

católica¹⁴³, ressaltando-se, apenas, a necessidade de autorização por parte da autoridade eclesiástica, bem como o respeito à legislação canônica.

Há que se excepcionar dos bens acima descritos, contudo, o dinheiro, considerado em moeda corrente, já que este seria retribuído com indenização também em dinheiro, o que, obviamente, não se pode admitir. A exceção, entretanto, não abrange moedas antigas, que podem ter valor histórico¹⁴⁴.

A doutrina também menciona a impossibilidade de expropriação dos direitos da personalidade¹⁴⁵, do cadáver, bem como das pessoas jurídicas.

No que diz respeito aos direitos da personalidade¹⁴⁶, nem haveria a necessidade de mencionar serem inexpropriáveis tendo em vista que esta característica é própria dos mesmos, decorrendo, inclusive, de outras mais amplas, como a inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e vitaliciedade. Convém salientar, todavia, que alguns destes acabam por ingressar na circulação jurídica, admitindo-se sua negociação, como é o caso dos direitos patrimoniais de autor e o direito à imagem. Veja-se, então, que o direito de autor é direito personalíssimo, o que não impede que possa ser objeto de expropriação.

No que tange ao cadáver, não se deve deixar de considerar que, em regra geral, a personalidade humana termina com a extinção da vida, o que não impede o prolongamento excepcional de alguns direitos após a morte, como o direito ao corpo ou às partes deste (como os órgãos, por exemplo), à imagem, e os direitos morais de autor.

¹⁴³ ODETE MEDAUAR. *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 156. Verifique-se, igualmente, MANUEL BATISTA LOPES. *Expropriações por utilidade pública*. Coimbra: Almedina, 1968, p.28, o qual relata situação semelhante diante da legislação portuguesa: “Nos termos do artigo VII da *Concordata* celebrada em 7 de maio de 1940, aprovada pela Lei 1984, de 30 de mesmo mês e confirmada e ratificada por Carta de 1 de junho de 1940, (...) nenhum templo, edifício, dependência ou objeto do culto católico pode ser demolido ou destinado ao Estado a outro fim, a não ser por acordo prévio com a Autoridade eclesiástica competente ou por motivo de urgente necessidade pública, como guerra, incêndio ou inundação. (...) não será praticado acto algum de apropriação sem que os bens expropriados sejam privados do seu caráter sagrado. Isto deve o juiz ter em mente antes de adjudicar os bens ao expropriante”.

¹⁴⁴ JOSÉ CARLOS DE MOREIRA SALLES. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 122.

¹⁴⁵ MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 213.

¹⁴⁶ De acordo com CARLOS ALBERTO BITTAR, direitos da personalidade são aqueles “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa dos valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”. (*Os direitos da personalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1).

Acerca destes, assinala CARLOS ALBERTO BITTAR que “subsistem efeitos *post mortem* (...) ou mesmo, *ad aeternum*, com tutela específica (como o direito moral de autor, em que a lei prevê a defesa, pelo Estado, depois de caída em domínio público, da integridade e da genuinidade da obra: Lei 9.610, de 19.2.98, art. 24, § 2º), ou ainda sem medida específica de defesa (como o direito à honra)”¹⁴⁷. Tendo em vista tais considerações, entendemos não ser admissível a desapropriação de cadáver, nem mesmo para estudos científicos, a menos que o falecido tenha concedido autorização por escrito em vida.

A questão, no entanto, comporta controvérsias. MIGUEL S. MARIENHOFF, por exemplo, sustenta que os cadáveres de seres humanos não constituem um sujeito de direito, mas sim objetos qualificados do mesmo, qualificação esta que deriva do fato de serem remanescentes de um ser humano, centro de todas as prerrogativas concebidas e reconhecidas pela civilização, bem como destinatário da solidariedade das comunidades sociais. Apesar disso, entende que sejam expropriáveis sempre que haja causa de utilidade pública, como fins científicos¹⁴⁸.

Igualmente, no que tange às pessoas jurídicas, de fato estas não são passíveis de expropriação porque são sujeito e não objeto, assim como as pessoas físicas. Abordando a questão, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO se manifesta com as palavras a seguir transcritas: “Daí que, ao contrário do que erroneamente se supõe, não se desapropriam empresas, sociedades, fundações, concessionários de serviço público, mas tão-só os bens que tais entidades possuam ou os direitos representativos do capital delas”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13. Verifique-se, do mesmo modo, fls. 81 da mesma obra: “Como prolongamento do direito ao corpo, e em nosso entender, sob a mesma base, encontram-se o direito da pessoa de dispor quanto ao destino do próprio cadáver, devendo ser respeitada a sua vontade pela coletividade, salvo se contrária à ordem pública. A morte opera a separação do ser, remanescendo, por certo tempo, a forma material e alguns componentes, até a consumação definitiva, persistindo, enquanto presentes, o direito de personalidade correspondente (direito ao cadáver e às partes do corpo)”

¹⁴⁸ *Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 231.

¹⁴⁹ *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 769. De acordo com o entendimento deste doutrinador, portanto, podem ser expropriadas as sedes das pessoas jurídicas. No entanto MIGUEL S. MARIENHOFF excepciona as sedes das embaixadas, justificando seu entendimento com argumentações de natureza processual, e não verdadeiramente de direito público, ao afirmar que um governo estrangeiro não pode ser demandado em juízo ante os tribunais de outro país sem seu próprio consentimento (*Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 239).

Por fim, cumpre trazer à baila as ponderações de HELY LOPES MEIRELLES, no sentido de que, normalmente, procede-se à desapropriação da propriedade, o que não impede, contudo, que seja desapropriada a posse legítima ou de boa-fé eis que esta tem valor econômico para o possuidor, mormente quando se trata de imóvel utilizado ou cultivado pelo possuidor¹⁵⁰. A posse, naturalmente, terá valor inferior ao da propriedade.

No que tange aos *bens públicos*, saliente-se, de início, que a legislação brasileira admite a desapropriação de tais bens, ainda que não o façam outras como a francesa e a belga. A se justificar a possibilidade de expropriação de bens públicos, há que se considerar que tanto a União quanto os Estados e Municípios buscam zelar pelo interesse público; no entanto, há, segundo a lei, diferenças no grau do interesse, sendo este mais amplo no que tange à União e progressivamente menor no que diz respeito às demais pessoas jurídicas de direito público¹⁵¹.

A partir deste raciocínio, observa-se que a União pode desapropriar bens do Estado e do Município, enquanto o Estado somente pode desapropriar bens do Município. Obviamente, por pertencentes à esfera mais alta, os bens da União não podem ser expropriados. De outro lado, como verdadeiro reverso da moeda, o Município não pode expropriar bens públicos, nem mesmo de outros Municípios, por estarem em situação hierárquica semelhante¹⁵². Para que órgãos de grau “hierárquico inferior” possam trazer para si bens de titularidade das de grau superior, far-se-á necessária a realização de acordo ou da composição negocial.

Assinale-se, igualmente, que as entidades da administração indireta e os concessionários de serviço público, mesmo quando vinculados às pessoas jurídicas de direito público interno hierarquicamente superiores, não podem desapropriar bens das entidades políticas menores, como os Estados e Municípios¹⁵³.

¹⁵⁰ *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 515.

¹⁵¹ ODETE MEDAUAR. *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 165.

¹⁵² JOSÉ CARLOS DE MOREIRA SALLES. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 135. Acerca do assunto, afirma o autor que a ordem hierárquica não pode ser invertida, sendo certo que a autorização legislativa mencionada no art. 2º, § 2º, da Lei de Desapropriação não se presta a esse fim.

¹⁵³ JOSÉ CARLOS DE MOREIRA SALLES. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 136.

Como decorrência da importância da observância da ordem hierárquica para a desapropriação dos bens públicos, infere-se que havendo interesse de duas ou mais pessoas políticas em desapropriar um determinado bem, seja ele público ou privado, prevalecerá o desejo da entidade maior. Se as duas pertencerem à mesma esfera, a preferência será dada a quem tomou a iniciativa em primeiro lugar.

Além do respeito à hierarquia dos entes públicos, nota-se que há um requisito adicional para a desapropriação de bens públicos, já que o art. 2º, § 2º, da Lei de Desapropriação determina que os bens públicos somente podem ser desapropriados se houver prévia autorização legislativa, disposição esta que foi reforçada posteriormente pelo art. 22, parágrafo único, da Lei 4504/64. Frise-se, todavia, que os bens de autarquias, entidades paraestatais, concessionários e demais delegados de serviço público não se enquadram nas normas em comento, podendo ser desapropriados independentemente de autorização legislativa¹⁵⁴.

Apesar da clareza com a qual foi redigido o dispositivo legal comentado, ainda surgem diversas controvérsias na doutrina acerca dos tipos de bens públicos que podem ser penhorados. Isto se explica porque desde o Código Civil de 1916, a legislação civil divide os bens públicos em três categorias: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais¹⁵⁵, sendo somente estes últimos os alienáveis, o que fez com que surgisse entendimento de que apenas estes poderiam ser objeto de expropriação.

Em linhas gerais, os bens de uso comum do povo são os que não são apropriáveis por ninguém em particular, podendo ser usados por qualquer pessoa, desde que observados os regulamentos pertinentes, não havendo necessidade, em regra, de

¹⁵⁴ JOSÉ CARLOS DE MOREIRA SALLES. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 137. Verifique-se, todavia, o entendimento de MARIA SYLVIA DI PIETRO. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 157: “Com relação aos bens pertencentes às entidades da administração indireta, aplica-se, por analogia, o art. 2º do Decreto-Lei 3365/41, sempre que se trate de bem afetado a uma finalidade pública. Tais bens, enquanto mantiverem essa afetação, são indisponíveis e não podem ser desafetados por entidade política menor. Esse entendimento não destoa da tese adotada na Súmula 157 do STF, segundo a qual é “necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica”.

¹⁵⁵ Esta classificação foi mantida no Código Civil de 2002, no art. 99: “São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma destas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”.

autorização. Já os bens de uso especial são aqueles destinados ao serviço ou estabelecimento da Administração, havendo uma afetação a uma finalidade pública. Em virtude desta afetação, para uso pelo particular exige-se um ato por parte do Estado, como a autorização, a permissão e a concessão. Estas duas espécies de bens integram o patrimônio indisponível dos órgãos públicos. Por fim, os bens dominicais são os que constituem o patrimônio privado das pessoas jurídicas de direito público. Por não estarem afetados ao uso comum do povo ou uso especial, podem ser objeto de relação patrimonial.

ODETE MEDAUAR entende que qualquer bem público pode ser expropriado, integre este, ou não, o patrimônio disponível do órgão público¹⁵⁶, orientação esta partilhada também por JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES o qual justifica seu entendimento expondo, através dos dizeres de SEABRA FAGUNDES, que, não tendo a lei criado qualquer restrição à expropriação de bens públicos, não há esta que ser criada pela doutrina¹⁵⁷.

Ainda com relação a este assunto, anatem-se somente duas peculiaridades no que tange à expropriação de bens imóveis. De acordo com o art. 185 da CF, quando se tratar de desapropriação para fins de reforma agrária, não é permitido que sejam desapropriados: i) a propriedade rural pequena ou média, conforme definição legal, se o seu proprietário não possuir outra e ii) a propriedade produtiva.

Do mesmo modo, o artigo 182, § 4º da mesma Constituição Federal, determina que a desapropriação de competência do Município somente pode recair em solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, sob a condição de que o proprietário do mesmo não tenha previamente cumprido as exigências constantes do mesmo dispositivo legal.

Mencione-se, ainda, que, de acordo com o art. 2º, § 3º, da Lei de Desapropriação, Municípios, Distrito Federal, Territórios e Estados não podem expropriar, sem prévia autorização efetivada por meio de decreto presidencial, ações, quotas e direitos

¹⁵⁶ *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 172.

¹⁵⁷ *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à fiscalização.

Por fim, como será observado em tópico adiante, entendemos que a regra do §2.º do artigo 2.º do referido Decreto-Lei possui constitucionalidade duvidosa quando confrontado com o princípio constitucional federativo.

5.4. O justo título.

Nos atos ablatórios, que privam o particular de seu direito de propriedade, é indispensável à existência de um *justo título* para a regularidade destes. Este é justamente o motivo e razão pública pela qual um particular é sacrificado em benefício da sociedade.

Não poderá o administrador, desta forma, ao seu bel prazer, expropriar bens privados.

O *justo título*, assim, é um dos elementos fundamentais da desapropriação, sem o qual não poderá ocorrer a restrição ao direito de propriedade. Ademais, a dimensão e a amplitude da finalidade pública determinarão a possibilidade ou não de maior intervenção estatal na esfera privada.

Apenas a título de ilustração, destacamos o julgado norte americano (*Kelo vs. City of London*), em que a desapropriação de determinado imóvel particular para destiná-lo a outro proprietário particular, visando o desenvolvimento econômico e aumento de empregos na região, foi julgada regular. O magistrado O'CONNOR, em seu voto dissidente, esclarece que “sob a bandeira do desenvolvimento econômico, toda a propriedade privada está agora sujeita a ser expropriada e transferida para outro proprietário privado, desde que este possa explorá-la mais intensamente (...). Argumentar, como faz esta Corte, que benefícios públicos incidentais decorrentes do uso futuro da propriedade privada podem estar na base de uma desapropriação para fins de utilidade pública equivale a eliminar qualquer distinção entre o uso público e privado

da propriedade, e assim retirar as palavras ‘para o uso público’ da *takings clauses* da Quinta Emenda (Constituição Americana)”¹⁵⁸.

Com isto, verifica-se, neste julgado, que quando se concede uma interpretação mais ampla do *justo título*, torna, sem sombra de dúvida, a garantia ao direito de propriedade mais vulnerável.

MIGUEL S. MARIENHOFF esclarece que a exigência da ocorrência deste justo título implica em uma garantia constitucional a inviolabilidade da propriedade¹⁵⁹. Para CRISTINA ARENAS ALEGRIA, o justo título surge precisamente como uma delimitação negativa, com a finalidade de proteção extrema do direito de propriedade privada que se considera sagrada e absoluta, razão pela qual a desapropriação é entendida como uma situação excepcional¹⁶⁰.

O art. 5.º, inc. XXIV, da Constituição Federal estabelece que “a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou por utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro”.

Assim, em nosso direito, há três situações de *justo título* motivadoras da desapropriação, devidamente regulamentadas em lei (necessidade pública, utilidade pública e interesse social), como se poderá observar nos capítulos específicos.

Segundo ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, no início do século retrasado predominou um critério restritivo de desapropriação, que somente poderia ser efetivada em casos de *necessidade pública*¹⁶¹.

Mais uma vez, CRISTINA ARENAS ALEGRIA esclarece que fórmula inicialmente adotada foi a “necessidade pública” introduzida pela legislação francesa na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789. Este termo era uma clara consequência da consideração do direito de propriedade da época, como sagrado, absoluto e inviolável¹⁶².

¹⁵⁸ 545 U.S.469(2005).

¹⁵⁹ *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 181.

¹⁶⁰ *La causa expropiatoria: evolución, límites y control*. Tese de doutorado defendida na Universidade de Deusto, Espanha, 2002, p. 115.

¹⁶¹ *Tratado de derecho administrativo*, 3. ed., Montevideo: Daniel H. Martins, 1974, p. 331.

¹⁶² *La causa expropiatoria: evolución, límites y control*. Tese de doutorado defendida na Universidade de Deusto, Espanha, 2002, p.119.

Com a maior intervenção estatal, houve uma necessidade de ampliar, ou melhor, alargar a causa da expropriação, surgindo o termo *utilidade pública*, que seria mais amplo que o anterior¹⁶³. Este, entretanto, ficou muito relacionado com as realizações de obras públicas, chegando até a haver conforme sustenta a doutrina, uma confusão entre os termos.

Como forma de superação destas concepções, de um lado *necessidade pública* e, de outro, *utilidade pública* (obra pública), veio a terceira geração das causas de expropriação, se assim podemos chamar, representada pelo *interesse social*, ou *interesse geral*. Esta última geração veio atender a questões sociais latentes como o direito à moradia, ao emprego e à reforma agrária.

Assim, como visto, em nosso ordenamento jurídico atual, há a utilização destes três termos¹⁶⁴, enquanto que, em outros países, no entanto, observa-se a utilização apenas da *utilidade pública* ou *necessidade pública*. Isso não é, entretanto, uma regra. Existem inúmeras denominações, variando entre culturas e entre países distintos, podendo, em última instância, serem todas consideradas como expressão do interesse público¹⁶⁵.

Estas denominações são, antes de tudo, espécies de um interesse público exigido desde o direito medieval para ocorrência da desapropriação. KIYOSHI HARADA esclarece, sobre este tema, que “A mola propulsora da desapropriação, como se vê, é sempre o interesse público como gênero de que são espécies a necessidade pública, a utilidade pública, o interesse social, o interesse social para fins de reforma agrária, o interesse social para o desenvolvimento da política urbana e o interesse social para erradicação de propriedade nociva”¹⁶⁶.

¹⁶³ FERNANDO ALVES CORREIA destaca que “cedo, porém, se notou que estas fórmulas eram demasiado restritivas. Por isso, o art. 545 do Código Civil Napoleônico veio alargar a causa da expropriação, substituindo a expressão ‘nécessité publique’, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela fórmula ‘utilité publique’” (*As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p. 32).

¹⁶⁴ Fazemos esta observação muito embora a terminologia “necessidade pública” esteja em quase desuso.

¹⁶⁵ Neste sentido, MIGUEL S. MARIENHOFF (*Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p.178). Em acréscimo, cumpre salientar que, segundo a Corte Suprema da província de Buenos Aires, o conceito de ‘utilidade pública’ é sempre relativo e varia de acordo com as condições econômicas, políticas e sociais da sociedade a que se refira, conforme a decisão: SCBA, 3/3/64, “Bonfante, Alberto A.”, ED, 14-273, retirada da obra *Expropiación* de autoria de JUAN ALBERTO CASAS e HORACIO J. ROMERO VILLANUEVA (Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 19, nt. 9).

¹⁶⁶ *Desapropriação doutrina e prática*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.14.

O importante é que, por se tratar de conceitos jurídicos indeterminados, caberá ao ordenamento local regulamentá-los. Na legislação nacional há o elenco taxativo das situações em que o Poder Público poderá desapropriar bens particulares. Verificando-se as normas francesas, por exemplo, não se encontra este rol de situações; talvez esta seja a razão pela qual é rotineira a análise do mérito pelo Conselho de Estado Francês, quando comparada ao nosso país,.

5.5. Justa indenização.

Com o advento da Constituição Federal, segundo alguns doutrinadores, a justa indenização não pode ser mais entendida como um elemento essencial da desapropriação. Neste sentido, KIYOSHI HARADA sustenta que:

“Assim, podemos concluir que a conceituação clássica já não corresponde à realidade de nossos dias. O pagamento prévio da justa indenização, em dinheiro ou em títulos, deixou de ser requisito constitucional para todas as hipóteses de desapropriação”¹⁶⁷.

Como se observará oportunamente, a desapropriação sanção do artigo 243 da Constituição Federal não enseja qualquer tipo de indenização. Esta única exceção, no entanto, não invalida entendimentos que inserem este elemento (justa indenização) como pressuposto da desapropriação.

Mesmo que inexistir o cumprimento da função social por parte do objeto da expropriação, a desapropriação (sanção) deverá ser realizada mediante a justa indenização, salvo a hipótese prevista no artigo 243 da Constituição Federal.

Em nosso entendimento, não poderá, como vem ocorrendo, norma infraconstitucional dispor em sentido contrário, sob pena de inconstitucionalidade por violação do princípio da justa indenização.

¹⁶⁷ *Desapropriação doutrina e prática*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 14.

A indenização caracteriza-se pela compensação do sacrifício sofrido pelo particular em benefício da coletividade. É, verdadeiramente, uma conversão de bens patrimoniais, isto é, a substituição do bem expropriado por outro equivalente, em termos econômico-financeiros.

No ordenamento jurídico nacional, a forma de indenização varia conforme a modalidade de desapropriação realizada. Com efeito, nas desapropriações ordinárias, a indenização deverá ser prévia, justa e em dinheiro (art.5º, XXIV, da CF).

De outro lado, nas desapropriações do artigo 182, § 4.º, III e 184 da Constituição Federal, a indenização será em títulos, com resgate em até 10 (dez) anos, em parcelas iguais e sucessivas. Finalmente, nas desapropriações para reforma agrária (art. 184 da CF), a indenização será em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 (vinte) anos, sendo que as benfeitorias úteis e necessárias deverão ser indenizadas previamente, em dinheiro.

A jurisprudência vem identificando alguns elementos indispensáveis para compor a justa indenização; são eles: i) valor do bem expropriado, ii) lucros cessantes e danos emergentes; iii) juros compensatórios; iv) juros moratórios; v) honorários advocatícios; vi) custas e despesas judiciais; vii) correção monetária e viii) despesa no desmonte e transporte dos bens.

Na aferição do valor do bem expropriado, o perito deverá incluir todas as benfeitorias existentes antes mesmo do decreto expropriatório. Após a publicação deste, no entanto, apenas as benfeitorias necessárias e as úteis, quando autorizadas, deverão compor o cálculo da indenização, nos termos do artigo 26, § 1 do Decreto-Lei 3365/41¹⁶⁸.

No processo expropriatório, os lucros cessantes e danos emergentes deverão ser comprovados pelo expropriado, a fim de incluí-los no cômputo da indenização. Estes não se presumem, se comprovam.

¹⁶⁸ O mencionado artigo tem a seguinte redação: “Art. 26. No valor da indenização que será contemporâneo da avaliação não se incluirão direitos de terceiros contra o expropriado. § 1.º Serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação, as úteis, quando feitas com autorização do expropriante”. Sobre construções posteriores, a Súmula 23 do STF dispõe que “Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada”.

Os juros compensatórios, sem sombra de dúvida, compõem a justa indenização. Há inúmeras teses contestando a aplicação destes juros de origem jurisprudencial, por se entender que eles ferem o princípio da justa indenização por serem exorbitantes.

Sobre esta questão, foi editada a Medida Provisória 2183/2001, que reduziu a porcentagem dos referidos juros de 12% (doze por cento) para 6% (seis por cento). No entanto, a referida norma foi objeto de ADIN (2332-DF) perante o Supremo Tribunal Federal, que liminarmente determinou a suspensão dos seus efeitos.

De qualquer forma, os juros compensatórios, no montante de 12% (doze por cento) ao ano¹⁶⁹, vêm sendo aplicados sobre a diferença entre a oferta inicial do Poder Público e o valor da indenização, desde a imissão na posse, quando se tratar de desapropriação “formal”, e do apossamento, nos casos de desapropriação indireta¹⁷⁰. Ademais, inexistente obrigatoriedade que o bem expropriado produza qualquer tipo de renda para a sua aplicação.

Os juros moratórios, que decorrem do atraso no efetivo pagamento da indenização e não da compensação pela perda da posse da propriedade, como é o caso dos juros compensatórios, são devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1.º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal¹⁷¹.

Os honorários advocatícios deverão ser calculados em função da diferença entre a proposta inicial de indenização apresentada pelo expropriante e o valor final da indenização, acrescido de juros moratórios e compensatórios. A Medida Provisória 2183, de 2001, pretendeu limitar o valor dos honorários advocatícios, estabelecendo, por exemplo, como máximo o valor de R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais), entretanto este dispositivo normativo está suspenso, tendo em vista a liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADIN 2332-DF, já mencionada.

¹⁶⁹ Súmula 618 do STF: “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% ao ano”.

¹⁷⁰ Súmula 164 do STF: “No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência”. Súmula 60 do STJ: “Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel”.

¹⁷¹ Inteligência do art. 15-B do Decreto-Lei 3365/41, com a redação dada pela Medida Provisória 2183, de 2001.

A correção monetária deverá ser calculada após o laudo de avaliação do bem expropriado. O § 2.º do artigo 26 do Decreto-Lei 3365/41 determina que a correção deva incidir quando decorrido prazo superior a um ano contado da avaliação. Como afirma MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, no entanto, o referido dispositivo foi revogado implicitamente pela Lei 6899/81¹⁷², que dispõe sobre a aplicação de correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial.

Como é praxe da Administração Pública recolher judicialmente valores inferiores daqueles realmente devidos, o Supremo Tribunal Federal, com razão, na Súmula 561, estabeleceu que a atualização monetária deverá ser processada por mais de uma vez, se necessário¹⁷³.

¹⁷² *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.160.

¹⁷³ Súmula 561: “Em desapropriação, é devida correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez”.

6. DESAPROPRIAÇÃO E CARACTERÍSTICAS.

6.1. Um instituto de direito público.

Como esclarece J.J. CANOTILHO, em um primeiro momento não se admitia acionar judicialmente o príncipe, para a responsabilização de seus atos. O soberano gozava de absoluta imunidade (*sovereign immunity*), não havendo qualquer tribunal para fiscalizar a legalidade do ato deste.

Em razão desta situação, os juristas foram obrigados a buscar inúmeras teorias a fim de ressarcir os particulares dos sacrifícios suportados em benefício do interesse público. Inicialmente, buscou-se a responsabilização individual, de caráter de delito civil, por danos causados por dolo ou negligência por parte dos agentes da administração. No entanto, isto não se mostrou suficiente.

Como apenas as relações eminentemente privadas eram analisadas pelos tribunais da época, na Alemanha, foi utilizada, com frequência, a “teoria do fisco”, sendo o fisco entendido como pessoa particular. Assim, os particulares prejudicados, nos casos de desapropriação (indireta), poderiam ingressar com ações em face do fisco, com fundamento na compra e venda forçada, para o seu ressarcimento.

Se não bastasse isso, cabe também destacar que, segundo L. VON STEIN, a desapropriação passou por três fases distintas: a da regalia, a do direito regulamentário e a do direito constitucional. Durante a primeira fase, a indenização era concedida pelo Estado de forma completamente desregrada e desobrigada, como se uma regalia fosse¹⁷⁴.

Na segunda fase, especialmente nos países da Europa continental, a desapropriação foi consagrada nos tradicionais Códigos Civis, para depois, na terceira fase, vir a ser assegurada nas Constituições Federais

¹⁷⁴ *Verwaltungslehre*. v. VIII, p. 301. *Apud* OTTO MAYER. *Derecho administrativo alemán* t. III. Buenos Aires: Delpama, 1982, p. 7.

Inicialmente, portanto, a desapropriação e a garantia da propriedade foram regulamentadas pelos Códigos Civis dos mais variados Estados, para somente em um segundo momento vir a ser tratada pelas Cartas Políticas. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, ao falar da garantia do direito da propriedade, corrobora com as argumentações aqui realizadas:

“Ao mesmo tempo, as vicissitudes da evolução da teoria do domínio dividido no continente, feita à margem de qualquer expressão político-constitucional de alcance equivalente ao da Magna Carta e dos documentos que se lhe sucederam, explica também a circunstância, já atrás apontada, de a garantia da propriedade se centrar em Inglaterra e, depois, nos Estados Unidos, no plano do direito constitucional, ao contrário do que sucedeu no continente europeu, onde essa garantia foi originalmente encarada sobretudo como um problema de direito privado”

175.

Observe-se, então, que a construção do instituto da desapropriação deu-se lastreada pelo direito civil. Em razão deste fato, ainda, atualmente, quando a doutrina ou a jurisprudência aborda este tema, a associação com o referido direito é freqüente.

No entanto, não entendemos que a desapropriação seja um instituto do direito privado, mas sim, do direito público¹⁷⁶. Isto porque ela é decorrência do exercício do poder de império da Administração Pública, lastreada na superioridade do interesse público. Segundo MIGUEL REALE, estar-se-á diante de uma relação de Direito Público quando o conteúdo desta visar o interesse geral, e quando a forma da relação for de subordinação, que é o caso¹⁷⁷.

¹⁷⁵ *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 235.

¹⁷⁶ OTTO MAYER esclarece que “Renunciando al apoyo del derecho civil y a toda suerte de soluciones intermedias, la doctrina actual sostiene que El efecto de la expropiación emana de manera inmediata de um acto del poder público que, por su misma naturaleza, pertenece esencialmente al derecho público” (*Derecho administrativo alemán* t. III. Buenos Aires: Delpama, 1982, p. 47).

¹⁷⁷ *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 340. Para EDMIR NETTO DE ARAUJO, direito privado é aquele que “tutela predominantemente as relações jurídicas entre particulares, pessoas físicas (indivíduos) ou jurídicas (empresas, fundações, sociedades), sejam essas relações de

Também é o entendimento de ENRIQUE SAYGUÉS LASO, a saber:

“La expropiación es un instituto de derecho público, es decir, regulado esencialmente por el derecho público. Esto nos parece evidente, entre otras razones porque en el derecho privado no existe ningún instituto similar cuyas reglas puedan aplicarse a la expropiación. La circunstancia de que la expropiación tenga por objeto la adquisición de un bien de propiedad privada, no significa que el instituto se regule por el derecho privado”¹⁷⁸.

Isto, no entanto, não significa que a desapropriação não tem repercussão na esfera privada. Como esclarece WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “a desapropriação é um ato unilateral de direito público, com reflexos no direito privado, por via do qual a propriedade individual é transferida, mediante prévia e justa indenização em direito, a quem dela se utiliza, no interesse da coletividade”¹⁷⁹.

Na desapropriação amigável, em nosso entender, esta situação é diferente. Nesta há um negócio jurídico bilateral decorrente de um consenso entre as partes. Inexiste, aqui, a utilização do exercício do império da Administração Pública, sob o fundamento da supremacia do interesse público sobre o privado.

Neste caso, a desapropriação aproxima-se muito da compra e venda do direito privado, livremente convencionada entre as partes. Neste sentido, KIYOSHI HARADA esclarece que, na desapropriação amigável, não se verifica a forma de aquisição da propriedade originária, a saber:

“Nessa modalidade de desapropriação não cabe, em nosso entender, invocar a teoria do modo originário de

ordem patrimonial ou pessoal”, e, por outro lado, público “refere-se às relações em que predominam os interesses de ordem pública, das quais o Estado participa usando de suas prerrogativas de autoridade e soberania” (*Curso de Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 2 e 3).

¹⁷⁸ *Tratado de derecho administrativo*. t. II. 3. ed. Montevideo: Daniel H. Martins, 1974, p. 314. O referido trecho pode ser traduzido da seguinte maneira: “A desapropriação é um instituto de direito público, ou seja, regulado essencialmente pelo direito público. Isto nos parece evidente, entre outras razões, porque no direito privado não existe nenhum instituto similar cujas regras possam ser aplicadas a desapropriação. O fato de que a desapropriação tenha por objeto a aquisição de um bem de propriedade privada não significa que o instituto se regule pelo direito privado”.

¹⁷⁹ *Curso de direito civil – Direitos das coisas*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, p. 171.

aquisição, segundo a qual o Poder Público receberia o bem expropriado livre dos vícios e expurgado dos ônus que o gravam, os quais se sub-rogariam no preço da indenização”¹⁸⁰.

Com base neste fundamento, o Desembargador SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA, do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, entendeu que o expropriado na desapropriação amigável não tem direito a retrocessão, como se pode observar:

“Ora, a Desapropriação amigável, ou seja, aquela que não chega às vias do Poder Judiciário, culminando com acordo entre o órgão expropriante e o proprietário do imóvel, não pode ser objeto de retrocessão, uma vez que tem natureza de verdadeiro contrato de compra e venda, possuindo todos os elementos deste: acordo de vontades, objeto e preço. Somente o vício nestes elementos pode ensejar a nulidade do pacto”¹⁸¹.

Este entendimento, entretanto, não é pacífico¹⁸². Há quem sustente que o simples fato de, após a expedição do decreto expropriatório, haver sido realizado o acordo, esta aquisição não perde seu caráter compulsório.

A esse respeito, cumpre destacar que, mesmo após a realização de uma desapropriação amigável, julgamos que a Administração Pública deverá buscar atender às finalidades dispostas no decreto expropriatório. No entanto, diante do não cumprimento destas, inexistente direito do expropriado em ser indenizado ou mesmo requerer a retrocessão.

¹⁸⁰ *Desapropriação doutrina e prática*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.64.

¹⁸¹ 8.^a Câ. Cível, Proc. 2.000.00.433338-8/000(1), j. em 18.06.2004, v.u.

¹⁸² A Desembargadora HELOISA COMBAT entendeu que mesmo após a desapropriação amigável, poderia o particular solicitar a retrocessão, como se observa: “Data venia, esse instrumento não equivale ao contrato de compra e venda, não podendo dele se inferir que a alienação resultou de livre consentimento do proprietário. Ao contrário, uma vez editado o ato expropriatório resta ao particular discutir sua legalidade e avaliar a justeza do preço oferecido, não lhe sendo assegurada a opção de reter a coisa por livre vontade. A deliberação se limita ao valor a ser pago, não retirando a coercibilidade da alienação” (TJ/MG, 7. Câ. Cível, Processo nº 1.0024.03.152346-7/001(1), j. em 03.07.2007, v.u.). Da mesma forma, é o julgado do STJ: “Processual Civil. Desapropriação Amigável. Possibilidade de Retrocessão. Agravo Regimental Provido. Promulgado o Decreto expropriatório, o acordo subsequente, tornando a desapropriação em amigável, não impede que o expropriado postule a retrocessão” (1. T., Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 12.955-0/RS, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 25.10.93, por maioria).

Este nosso entendimento fundamenta-se essencialmente no fato de que, ao contrário do que sustenta esta corrente, pode haver sim convenção entre as partes em aspectos outros que não a indenização (*o preço*). Com frequência, as partes convencionam não apenas o preço a ser pago, como também objeto a ser adquirido. Em melhores termos, a Administração, ao invés de adquirir parte da propriedade do particular, acaba comprando o imóvel em sua plenitude, ou seja, uma área superior àquela descrita no Decreto Expropriatório.

Da mesma forma, nada impede também que, após a publicação do decreto expropriatório, as partes, amigavelmente, venham a acordar sobre uma eventual permuta. Sobre esta questão, são esclarecedores o entendimento de OTTO MAYER, *in verbis*:

“El empresario y el expropiado podrán en cualquier momento del procedimiento detener su progreso o simplificarlo poniéndose de acuerdo sobre los puntos que deben regular los decretos de la autoridad, cuando resuelven sobre la expropiación misma o sobre la indemnización. Semejante acuerdo tiene el carácter de una convención y de una convención de derecho civil. Las partes se separan del procedimiento de expropiación y concluyen, en pie de igualdad, un acuerdo sobre la propiedad de un objeto y acerca de lo que debe pagarse como compensación. El procedimiento de expropiación resulta afectado solo indirectamente por el hecho de que ha llegado a carecer de objeto en los puntos regulados por la convención. Esta no es necesariamente un contrato de venta. Es preciso examinar su contenido específico así como la parte especial del conjunto de la expropiación y de sus accesorios que de este modo alcanza su término”¹⁸³.

¹⁸³ *Derecho administrativo alemá* t. III. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 72. O referido trecho pode ser traduzido da seguinte maneira: “O expropriante e o expropriado poderão em qualquer momento do procedimento, suspendê-lo ou simplificá-lo entrando em acordo sobre os pontos que devam regular os

Assim, sustentamos que, ao contrário da desapropriação tradicional, na amigável, há um acordo de vontades, firmado em pé de igualdade, livremente, e submetido, portanto, ao direito privado e não público¹⁸⁴.

6.2. Natureza jurídica da desapropriação.

Como visto, a desapropriação é um procedimento administrativo em que, por utilidade, necessidade ou interesse social, a Administração Pública adquire (não transfere)¹⁸⁵ determinado direito de propriedade do particular. Na desapropriação ocorre, por um lado, a extinção do direito de propriedade e, de outro, a aquisição por parte do expropriante.

Há, desta forma, uma aquisição forçada por parte da Administração Pública, em razão do seu poder de império, sendo desnecessária a existência de título anterior de propriedade para a regularidade desta situação. Do mesmo jeito, inexistente no momento

decretos da autoridade, quando estes resolvem sobre a própria desapropriação ou sobre a indenização. Semelhante acordo tem o caráter de uma convenção e de uma convenção de direito civil. As partes se separam do procedimento expropriatório e firmam, em pé de igualdade, um acordo sobre a propriedade de um bem e sobre o que deve ser pago a título de compensação. O procedimento de expropriação resulta afetado apenas indiretamente porque perdeu o objeto em razão dos pontos regulados pela convenção. Esta não é necessariamente um contrato de compra e venda, é necessário examinar seu conteúdo específico, assim como a parte especial do conjunto da desapropriação e de seus acessórios, a qual, deste modo, alcança o seu fim”.

¹⁸⁴ EDMIR NETTO DE ARAÚJO esclarece que “este acordo (passando para o campo do Direito Civil) é formalizado, no caso de registro de imóveis competente (Lei 6015, de 31-12-1973, art. 167, I, “34”), para tornar pública *erga omnes*, escritura na qual é praxe que se reproduzam também a declaração expropriatória, bem como o ato que autorizou o acordo” (*Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1037). No mesmo sentido é o julgado da Relação do Porto que dispõe: “I – A expropriação por utilidade pública, importando a extinção do direito real do expropriado e a constituição de um novo direito na esfera jurídica do expropriante, é uma forma de aquisição originária do direito de propriedade. II – Tratando-se de uma aquisição originária titulada pela sentença do processo expropriativo, pode o expropriante obter o registro a seu favor, independentemente de haver ou não inscrição prévia a favor dos expropriados e sem necessidade de justificação” (Ac. RP, de 1.10.92: CJ, XVII, 1992, IV, 242, retirado da obra de PEDRO CANSADO PAES; ANA ISABEL PACHECO e LUÍS ALVAREZ BARBOSA. *Código das expropriações*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 32).

¹⁸⁵ Sobre este tema, MARÇAL JUSTEN FILHO esclarece que “a desapropriação é um ato de duplo efeito: é causa de extinção e é causa de aquisição de domínio. Mas não é um ato de transferência de propriedade. O domínio do proprietário desapropriado é extinto, surgindo o domínio do Poder Público expropriante. Trata-se de questão de não pequena relevância, uma vez que a desapropriação é um modo de aquisição do domínio originário. Isso significa que todas as características e eventuais defeitos inerentes à relação jurídica anterior não se transferem” (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 430).

da aquisição uma relação entre o expropriante e o particular, fora do processo expropriatório.

A relação jurídica, no momento da aquisição, está limitada à Administração Pública e o bem, objeto da desapropriação, pouco importando as vicissitudes que recaiam sobre o direito real anteriormente à desapropriação.

Em razão desta situação, a doutrina e a jurisprudência têm o entendimento consolidado de que a natureza jurídica da desapropriação é a de uma *aquisição originária*¹⁸⁶. Para LIMONGI FRANÇA, a aquisição originária é “aquela que nasce de uma relação direta entre o sujeito e a coisa”, e, a derivada, “aquela em que a subordinação da coisa ao sujeito depende de fato de terceiro”¹⁸⁷. No mesmo sentido, são as lições do jurista português MANUEL BAPTISTA LOPES, ao analisar a legislação local vigente, a saber:

“Afigura-se-nos ser esta a melhor doutrina, em face do que dispõem os artigos 1536º e 1542º do Código Civil vigente: o direito do anterior proprietário extingue-se, não se transmite. Não há, pois, da parte da entidade expropriante, uma aquisição derivada, mas originária. O expropriado não aliena; o expropriante não compra – apropria-se dos bens”¹⁸⁸.

Conforme esclarece EDMIR NETTO DE ARAÚJO, os efeitos desta conclusão (aquisição originária) são de que “todos os ônus incidentes precedentemente sobre o bem expropriado extinguem-se de imediato, ficando sub-rogados no preço, e torna-se o bem insuscetível de reivindicação”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Para EDMIR NETTO DE ARAÚJO, a natureza jurídica é um procedimento complexo e que a aquisição originária, seria o conteúdo da desapropriação (*Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1030).

¹⁸⁷ *Manual prático das desapropriações*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 25. No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES, que assim se manifesta: “A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, porque não provém de nenhum título anterior, e, por isso, o bem expropriado torna-se insuscetível de reivindicação e libera-se de qualquer ônus que sobre ele incidissem precedentemente, ficando os eventuais credores sub-rogados no preço” (*Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 514).

¹⁸⁸ *Expropriações por utilidade pública*. Coimbra: Almedina, 1968, p.15.

¹⁸⁹ *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1030.

Isto significa dizer que pouco importa se o expropriado adquiriu de terceiro o direito da propriedade, de forma viciada; este último não terá direito a reivindicação do bem, devendo valer-se de meios processuais para se ressarcir diretamente em face daquele.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO identifica quatro consequências da natureza da desapropriação como forma originária de aquisição da propriedade: a) a ação de desapropriação pode prosseguir independentemente do sujeito passivo ser conhecido, ou ser encontrado; b) caso a indenização seja paga a terceiro, isto não invalidará a desapropriação (o proprietário fará jus a perdas e danos, mas não à restituição do bem); c) todos os ônus ou direitos que recaiam sobre o objeto da desapropriação ficam sub-rogados no preço e d) a transcrição da desapropriação no registro de imóveis independe da verificação da continuidade em relação às transcrições anteriores¹⁹⁰.

No entanto, como visto anteriormente, a desapropriação amigável passa a ter contornos do direito privado, em especial do direito civil, e não mais do direito público. A atuação da Administração Pública, nesta modalidade, não está calcada na supremacia do interesse público sobre o particular, podendo as partes livremente convencionarem acerca da transmissão do direito real. Como OTTO MAYER esclarece, nesta situação, há uma convenção de direito civil firmada entre as partes e realizada em pé de igualdade¹⁹¹.

Assim, não se está mais diante de uma aquisição originária e sim, derivada¹⁹², havendo, de fato, aqui, uma transmissão e não uma simples extinção com a consequente

¹⁹⁰ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 162. Concordando com este entendimento, PIETRO VIRGA esclarece que “L’acquisto da parte dell’espropriante avviene a titolo originario e non già a titolo derivativo; da ciò conseguono tre importanti conseguenze: a) la validità o meno del titolo, in base al quale l’espropriato ha conseguito il bene, non ha alcuna incidenza sull’efficacia del trasferimento coattivo; b) l’espropriante acquista il bene libero da ogni peso (servitù, ipoteca, enfiteusi, onere reale) gravante sul bene; gli eventuali diritti dei terzi sul bene si risolvono nell’indennità; c) il diritto all’indennità non è collegato alla cessione del possesso del bene, sibbene all’emissione del decreto di espropriazione ovvero alla cessione volontaria del bene stesso” (*Diritto amministrativo*. v.1 Milão: Giuffrè, 1983, p. 379).

¹⁹¹ *Derecho administrativo* t. III. Buenos Aires: Delpama, 1982, p. 72.

¹⁹² EDMIR NETTO DE ARAÚJO esclarece que “forma originária de aquisição de propriedade significa que esta aquisição não provém de nenhum título anterior, sua causa não procede, não deriva de título precedente, nasce de uma relação direta entre o sujeito e a coisa. Mas a desapropriação amigável não tem sido reconhecida como tal na jurisprudência, não dispensando a documentação de filiação imobiliária para o registro” (*Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1030).

aquisição. Nestes termos, em caso de vícios anteriores, terceiros interessados poderão valer-se das medidas necessárias para anular a transmissão em questão.

6.3. Desapropriação como garantia do direito de propriedade.

Muito embora a maioria esmagadora da doutrina entenda que a desapropriação é uma restrição ao direito da propriedade, chegando alguns a denominá-la de *odiosa restringenda*”, não entendemos que esse seja o único foco a ser dado a este importantíssimo instituto.

Na há como negar que a desapropriação restringe o direito de propriedade e impõe um sacrifício ao particular em benefício da coletividade. Assim, da sua prática decorrem, certamente, prejuízos ao exercício do direito do proprietário de determinado bem que, muitas vezes, é ressarcido integralmente, outras tantas, não.

No entanto, tal qual está inserido no ordenamento nacional, este instituto apresenta uma outra característica: a de garantia do direito de propriedade. Sobre este tema, EURICO SODRÉ é esclarecedor:

“Instituto de direito público, a desapropriação é uma das garantias constitucionais da propriedade. Esta afirmação não é trivial, porque muitos juristas a consideram um grave atentado contra o direito privado ou uma odiosa exceção à plenitude do direito de propriedade. Não se concebe, entretanto, que um instituto jurídico atente contra o direito e, assim, seja ao mesmo tempo injurídico”¹⁹³.

¹⁹³ EURICO SODRÉ. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 9. Neste sentido é o julgado da Relação de Lisboa: “A norma consagradora do instituto da expropriação ‘é simultaneamente uma norma de autorização e uma norma de garantia’, pois, embora confira ‘aos poderes públicos o poder expropriatório, autorizando-os a procederem à privação da propriedade’, não deixa de reconhecer ‘ao cidadão um sistema de garantias que inclui designadamente os princípios da legalidade, da utilidade pública e da indenização’. Com o princípio da legalidade pretende-se significar que a expropriação carece sempre de uma base legal: na hipótese de expropriação administrativa, a lei há de estabelecer com suficiente rigor os requisitos do acto expropriatório, que exige uma prévia declaração de utilidade pública da expropriação a efetuar” (Ac. RL, de 29.6.1995; CJ, XX, 1995, III, 148, retirado da obra de PEDRO

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, de forma idêntica, esclarece que “está fora de qualquer cogitação o exercício absoluto e incondicionado do *ius eminens*, ou a hipótese de confiscação ou de socialização generalizada, tão comum aos regimes comunizados. O instituto da desapropriação, sem dúvida, ainda integra o sistema de garantia que justifica a presença do Estado no mundo de nosso tempo”.¹⁹⁴

Primeiramente, devemos observar tal instituto, justamente, na sua gênese. No início deste trabalho, foi mencionado que a desapropriação surge com a Revolução Francesa, pois é neste momento, que eclode uma transformação da sociedade como um todo.

O Poder Público passa a se submeter aos princípios da igualdade, liberdade e legalidade. O Estado de Direito encontra seu alicerce nas Constituições garantidoras das liberdades individuais. Nas palavras de PAULO BONAVIDES, o “homem-cidadão sucedia ao homem-súdito” e o Estado se transforma na armadura de defesa e proteção da liberdade do indivíduo.¹⁹⁵

No que tange ao direito da propriedade, este, elevado à categoria de direito fundamental, passa a ser garantido pelas Constituições dos Estados Ocidentais. Este direito fundamental de primeira geração é um dos símbolos de resistência e oposição do Poder estatal.

Poder-se-ia sustentar que estes atos eram restritivos ao direito de propriedade, nos períodos anteriores. Neste momento histórico, no entanto, não é mais possível entender a desapropriação como uma simples restrição. Ela desempenha um papel muito maior.

Na medida em que a desapropriação somente pode se aperfeiçoar naquelas estritas situações e nos moldes impostos pela lei, vem-se apenas consolidar ainda mais o direito de propriedade já garantido nas Cartas Políticas. Fora das hipóteses legalmente previstas, não poderá a autoridade desapropriar e, portanto, atingir a esfera jurídica do cidadão. Por tanto, tem-se a desapropriação como garantia do direito de propriedade.

CANSADO PAES; ANA ISABEL PACHECO; e LUÍS ALVAREZ BARBOSA. *Código das expropriações*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 32).

¹⁹⁴ *Desapropriação*. 2 ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977, p. 41.

¹⁹⁵ *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

Da mesma forma, não é legítima a desapropriação sem justo título, isto é, sem a compensação devida e a interferência do Poder Judiciário, quando não for amigável a aquisição estatal.

6.4. Desapropriação como instrumento coercitivo para o cumprimento da função social da propriedade.

Após a experiência fracassada do individualismo, baseado nos ideais iluministas, em que o direito de propriedade era visto como um poder absoluto, as legislações dos mais variados países passaram a exigir certos comportamentos para que tais propriedades viessem a ser reconhecidas.

A primeira reação a este modelo de propriedade absoluta veio com as Constituições Mexicana (1917) e Alemã, de Weimar (1919), que passaram a condicionar o exercício deste direito a uma finalidade, à “função social”. No artigo 115, última alínea da Constituição Alemã, havia a seguinte previsão: “A propriedade obriga. Seu uso deve ser, por igual, um serviço ao bem comum”.

No Brasil, a função social aparece na Constituição de 1934 (art.13, §17), contrariando as anteriores que garantiam o direito de propriedade em toda sua plenitude. No entanto, utilizava-se o termo “bem estar social”, ao invés de “função social”. Este último somente aparece na Carta de 1967.

A função social é uma condição *sine qua non* para que seja garantido o direito de propriedade. Esta passa a compor intimamente o instituto da propriedade, estabelecendo seus contornos. Assim, qualquer propriedade (não só a de bens imóveis) deverá atender à função social¹⁹⁶.

E, por ser um elemento intrínseco ao conceito de propriedade, não pode ser considerado como elemento restritivo dos fatores que compõem este (o direito de usar, gozar e dispor); não se trata, portanto, de uma limitação ao direito de propriedade. O

¹⁹⁶ Em sentido contrário, EROS ROBERTO GRAU sustenta que existe propriedade com função individual e propriedade com função social, e, portanto, nem todas as propriedades deverão atender à função social (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 274).

proprietário, para o atendimento desta função ou finalidade, deverá realizar, via de regra, uma conduta positiva. Se, anteriormente, o direito de propriedade era apenas circunscrito por limitações e condutas negativas, consistindo em que o proprietário deveria deixar de fazer algo, com este novo contorno, ao proprietário compete a realização de uma conduta positiva.

Como ressalta EROS ROBERTO GRAU, “isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade”¹⁹⁷.

Ademais, esta finalidade, condição que a propriedade deverá atender, poderá variar de tempos em tempos e de lugar a lugar. No entanto, sempre será norteadas pela legislação escrita. Como esclarece CLOVIS BEZNOS, esta função “impõe ao proprietário o dever de destinar o objeto de seu direito aos fins sociais determinados pelo ordenamento jurídico”¹⁹⁸.

Ao Poder Público compete indicar, normativamente, a função social desta ou daquela propriedade. A Constituição Federal, em alguns dispositivos, já estabelece alguns nortes e orientações pelas quais a propriedade deverá se pautar para o preenchimento de sua função social. O art. 3.º, por exemplo, quando estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades), auxilia o interprete na identificação da função social da propriedade. Além destes objetivos, inclui-se também o da preservação do meio ambiente disciplinada no artigo 225 da Constituição Federal.

No entanto, sem que haja legislação específica sobre o tema, não poderá o Administrador julgar se determinada propriedade atende ou não à função social. Caso não exista legislação tratando da matéria, isto significa dizer que a propriedade não terá nenhuma função a cumprir? Não. No mínimo, a propriedade deverá estar enquadrada nos princípios formadores da Constituição Federal e, claramente, deverá também, em última instância, ser destinada a um fim legal.

¹⁹⁷ *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 275.

¹⁹⁸ *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Forum, 2006, p. 109.

Não cumpre com a função social aquela propriedade que é instrumento para prática de ilícitos. Todo e qualquer direito de propriedade exercido de maneira incompatível com a legislação não estará cumprindo com sua finalidade e, portanto, com sua função social.

Mais uma vez nos valem os ensinamentos de EROS ROBERTO GRAU para esclarecer que é justamente a função social que legitima a propriedade. Do seu não atendimento decorre o fato de que aquele determinado “bem” não possa ser mais considerado objeto de direito de propriedade¹⁹⁹. E, continuando seu raciocínio, afirma que caso o Estado desaproprie estas supostas propriedades que não atendem a função social, e indenizando o “proprietário”, “o pagamento desta indenização consubstancia pagamento indevido”²⁰⁰.

Muito embora coerente o raciocínio, em nosso entender, há um equívoco. Se analisarmos detidamente a Constituição, verificaremos que o não atendimento da função social não desnatura a propriedade, mas apenas compromete a garantia da justa e prévia indenização em dinheiro²⁰¹.

A Administração Pública, nos termos do ordenamento jurídico nacional, possui o instrumento da desapropriação para impor o cumprimento da função social da propriedade.

¹⁹⁹ *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 361.

²⁰⁰ Fazendo uma crítica a este entendimento, RODRIGO OCTÁVIO GODOY BUENO CALDAS MESQUITA esclarece que “Ora, se assim o for, um indivíduo, por exemplo, que compre um terreno, não terá o direito de propriedade sobre esse terreno, mas, na melhor das hipóteses, um domínio sob condição suspensiva, ou seja, uma expectativa de que venha a adquiri-lo juridicamente no futuro desde que cumpra a função social da propriedade. Mais: supondo que atinja, pratique, a função social, mudada a noção ou conteúdo da função, ou simplesmente deixando a propriedade, por qualquer motivo, de cumpri-la ou atingi-la, o titular do direito de propriedade deixa de tê-lo, pura e simplesmente, sem necessidade de qualquer ato ou decisão administrativos ou judiciais. ‘Perderá’ (em sentido impróprio, já que não se perde o que não se tem) o direito de propriedade, tornando-se o bem *res nullius*, ou de domínio público ou tendo outra destinação imposta pela lei, como incorporação ao patrimônio da União ou município em que se encontra localizado o bem. Ou seja, o direito de propriedade seria algo transitório, situado entre uma expectativa de direito consubstanciada numa ‘cláusula’ de condição suspensiva (o atendimento da função social) e uma ‘cláusula’ de condição resolutiva (superveniente não atendimento da função social). Fora disso, a propriedade não existiria de pleno direito. Seria apenas uma situação de fato transitória e intermitentemente protegida pelo direito objetivo” (*Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional*. RT 107/ 860).

²⁰¹ Neste sentido, ALESSANDRA ELIAS DE QUEIROGA (*Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 82) e JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*Propriedade, política urbana e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum de Dir. Urbano e Ambiental – FDUA, ano 3, 14, p. 1480).

Esta modalidade de desapropriação é por nós denominada como “desapropriação sanção”. Nela ocorre a aquisição da propriedade para o Estado ou para quem possa dar a função imposta pelo ordenamento jurídico. O artigo 182, §4.º, da Constituição Federal trata da propriedade urbana que não atende à função social estabelecida no plano diretor. No artigo 184, por sua vez, há a referência à desapropriação para fins sociais, destinada à reforma agrária. E, por fim, o artigo 243 dispõe sobre culturas ilegais de plantas psicotrópicas, em que não se prevê a concessão da indenização.

Apenas a título de ilustração, existe uma PEC –Proposta de Emenda Constitucional (438/01), em curso no Congresso Nacional, visando incluir outra hipótese de desapropriação sem indenização, que viria a ocorrer quando há na gleba a ocorrência de trabalho escravo.

Assim, apenas, nos casos de atendimento à função social, o proprietário cujo bem é objeto de ação expropriatória poderá reivindicar a justa e prévia indenização, em dinheiro, estabelecida no artigo 5.º, inc. XXXIV, da Constituição Federal.

Por mais que fosse coerente e lógico realizar a desapropriação de bens que não atendem a função social sem o pagamento da justa indenização ou pelo menos com um pagamento a menor, como penalidade ou sanção, certo é que diante da ausência de previsão constitucional, o princípio constitucional da justa indenização não poderá vir a ser derogado.

6.5. Desapropriação de área contígua ou por zona.

Pressupõe-se que, em uma desapropriação, sejam apenas expropriados os bens estritamente necessários para a realização da obra ou serviço público. No entanto, a regra geral comporta uma exceção, devidamente prevista em lei: a desapropriação de área contígua ou por zona²⁰².

²⁰² No que tange a esta matéria, convém salientar que a maior parte dos doutrinadores aborda a matéria como sendo a desapropriação de área contígua e por zona como uma única modalidade. JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES (*A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 158) as divide em dois tipos, sustentando que estas não se confundem pois referem-se

A desapropriação por zona é uma modalidade de desapropriação por utilidade pública que se encontra prevista no art. 4º do Decreto-Lei 3365/41, o qual, devido à sua importância, convém que se transcreva:

“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”.

Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a desapropriação por zona é a que diz respeito a “uma área maior que a necessária à realização de uma obra ou serviço, por abranger a zona contígua a ela, tendo em vista ou reservá-la para ulterior desenvolvimento da obra ou revendê-la, a fim de absorver a valorização extraordinária que receberá em decorrência da própria execução do projeto”.²⁰³

Como se observa da lei, esta envolve duas situações. A primeira delas ocorre quando, ao realizar uma obra, apercebe-se o Poder Público da conveniência de manter nos arredores da construção espaço para que sejam desenvolvidas atividades que, embora não sejam essenciais à obra pública neste momento, facilitarão sua utilização e a consecução de sua finalidade. A segunda consubstancia-se na hipótese de perceber o Poder Público que a obra que irá realizar gerará valorização extraordinária dos imóveis adjacentes, motivo pelo qual os desapropria para, depois, revendê-los com preço mais vantajoso, gerando mais verbas para aplicação em outras obras de proveito da comunidade.

Em ambos os casos, o decreto expropriatório deverá especificar qual é a área destinada à utilidade pública e qual é aquela que será destinada à revenda²⁰⁴. Todavia, a norma em comento não determinou a extensão máxima das áreas adjacentes que pode

a hipóteses concretas diversas. Para fins deste capítulo, todavia, posicionamo-nos junto à doutrina majoritária.

²⁰³ *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 782.

²⁰⁴ HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 517.

ser desapropriada, razão pela qual esta fixação estará inserida dentro do âmbito discricionário da Administração²⁰⁵.

No que tange à valorização do imóvel, o artigo é expresso no sentido de que ela deva ser extraordinária. Assim, não há que se invocar esta desapropriação em caso de pequena alteração do valor do bem imóvel sendo que este, em caso de realização de qualquer obra pública, normalmente sofrerá oscilação positiva. A discussão acerca da extraordinariedade do aumento poderá ser objeto da ação direta prevista no art. 20, do Decreto-Lei 3365/41.

Em acréscimo, deve a valorização anômala ser futura, ou seja, a ser constatada somente após a conclusão da obra, ainda que, necessariamente, deva ter sido prevista anteriormente, já constando do decreto expropriatório.

Com relação a este aspecto, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES discute a possibilidade de, não tendo sido mencionada a desapropriação por zona na declaração de utilidade pública, poder o expropriante dela fazer uso posteriormente. De acordo com o autor, tratando-se da primeira hipótese acima mencionada, ou seja, desapropriação de áreas contíguas para facilitação da utilização da obra pública, entende-se pela possibilidade da posterior desapropriação. No que tange à hipótese de desapropriação fundada em futura valorização dos imóveis, sustenta que esta não é possível, tendo em vista que a previsão da mais valia futura é essencial para a autorização desta desapropriação²⁰⁶. Assim, conclui-se que, se o Poder Público declarou a necessidade pública, mas somente depois percebeu que as áreas ao redor da obra se valorizaram, não mais poderá proceder à desapropriação por zona.

É de se salientar, em acréscimo, que o efeito da desapropriação por zona é o mesmo da contribuição de melhoria, a qual é definida por RICARDO LOBO TORRES como “tributo contraprestacional, devido pela valorização de obra pública da qual decorre valorização para o proprietário”²⁰⁷

²⁰⁵ JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 162.

²⁰⁶ *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 164.

²⁰⁷ *Curso de direito financeiro e tributário*. 10 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 367.

Vê-se, assim, que tanto em um caso quanto no outro, o imóvel sofre relevante valorização em virtude da consecução de uma obra. Assim, em verdade, observa-se que o Poder Público tem a opção de simplesmente cobrar a contribuição de melhoria, ou desapropriar, antes da realização da obra, as áreas contíguas a esta, para posterior revenda com lucro.

Sobre as desvantagens desta desapropriação, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES assinala que raramente a Administração tem capital suficiente para proceder à desapropriação de área maior do que a necessária. De outro lado, a previsão de lucros futuros com a revenda dos imóveis pode se provar inverídica, hipótese em que seria gerado prejuízo ao Poder Público²⁰⁸. Sendo assim, entende ser mais conveniente a cobrança de contribuição de melhoria (art. 145, inc. III, da CF/88), manifestando-se da seguinte maneira:

“Eis porque, perfilhando o entendimento dos insignes juristas anteriormente referidos, pensamos ser a contribuição de melhoria instrumento mais eficaz que a desapropriação por zona para o reembolso, pela Administração, das vultosas quantias despendidas com a execução de obras e serviços públicos, que tenham levado valorização aos imóveis adjacentes”²⁰⁹.

O referido art. 4º do Decreto-Lei 3365/41 é considerado por muitos doutrinadores como inconstitucional, já que não se adequaria aos pressupostos da desapropriação e teria caráter especulativo. No entanto, a despeito destas considerações, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO relata que a desapropriação por zona vem sendo admitida nos tribunais brasileiros²¹⁰.

CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende ser constitucional somente a desapropriação das áreas contíguas necessárias para o desenvolvimento futuro da obra, mas não a fundada na extrema valorização das áreas próximas à obra pública (ou serviço público), sustentando sua assertiva no fato de que o art. 145 da CF prevê a

²⁰⁸ *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 165.

²⁰⁹ *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 167.

²¹⁰ *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 167.

cobrança de contribuição de melhoria em casos semelhante, o que significa que há dispositivo legal para solucionar o eventual enriquecimento exacerbado dos proprietários cujos imóveis se encontrem próximos à obra. Assim, se o Poder Público tem um meio para atingir seus objetos, não poderia exercitar um mais gravoso com os mesmo escopo²¹¹.

Finalmente, frise-se que a desapropriação por zona não deve ser confundida com a desapropriação para fins de urbanização, prevista no art. 5º, alínea “i”, do Decreto-lei 3365/41, já que esta última, ainda que possibilite a alienação dos bens expropriados a particulares, não tem por escopo a obtenção de lucro por parte da expropriante, mas sim a reorganização urbana, com a renovação de bairros atingidos, criação de novas moradias e prédios comerciais, entre outras políticas de organização da cidade. Este assunto segue tratado com maiores detalhes no capítulo referente aos destinatários da desapropriação.

²¹¹ *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 782.

7. FUNDAMENTO DA EXPROPRIAÇÃO.

Como se pôde verificar em tópico pretérito, o instituto da desapropriação sofreu, sem sombra de dúvida, sensíveis transformações, assim como sua fundamentação. Em períodos históricos nos quais a propriedade era vista apenas como uma concessão do soberano ao particular, a fundamentação para a ocorrência da desapropriação era que os súditos não detinham o domínio direto da propriedade e sim, o domínio útil, restando aquela ao soberano, motivo pelo qual este, a seu bel prazer, poderia exigí-la mediante indenização.

Ao tratar deste assunto, MIGUEL S. MARIENHOFF faz menção a inúmeras teorias e fundamentos que justificam a desapropriação²¹². A primeira é a teoria da colisão de direitos²¹³. Segundo este autor, esta restrição é um meio de solucionar o conflito de dois interesses: o público e o privado, sendo sua fundamentação justamente a superioridade do primeiro sobre o segundo. Em razão disto, muitos doutrinadores entendem que a desapropriação é o meio pelo qual se soluciona o conflito de interesses (o público e privado). Assim, o particular deve ceder o bem em face do interesse superior da coletividade.

A segunda teoria é a da função social da propriedade. Segundo esta teoria, a propriedade não pode se explicar sem uma utilidade social. O exercício do direito à propriedade só é legítimo se for socialmente útil. Desta forma, poderá o Estado estabelecer restrições ao direito de propriedade (limitações), entre as quais, estão as desapropriações, para atender um bem comum.

A teoria da reserva, por sua vez, remonta à origem histórica da propriedade. Inicialmente, a propriedade era coletiva e com o passar dos anos, transformou-se em propriedade privada. Neste momento, o “Estado social” reservou-se o direito de retirar o bem do domínio individual para sua inserção no domínio coletivo, mediante o

²¹² *Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p.137.

²¹³ Esta teoria é semelhante à justificativa da supremacia do interesse público sobre o privado – teoria muito difundida em nosso país – que posteriormente será tratada.

pagamento de indenização, sempre que houvesse uma utilidade pública envolvida. Para esta teoria, a permanência ou não da propriedade no domínio individual está condicionada à utilidade pública, podendo retornar, desta forma, a sua condição inicial. Sendo assim, inexistente oposição entre direito de propriedade e desapropriação.

ODETE MEDAUAR, denominando esta teoria como a do domínio coletivo, esclarece que esta teoria “não justifica, atualmente, o instituto expropriatório. Em primeiro lugar, porque se apresenta meramente hipotética a condição de retorno do bem ao patrimônio coletivo que antes existia; em segundo lugar, como explicar, pelo retorno ao patrimônio público, os casos em que os bens expropriados se destinam ao patrimônio de outro particular?”²¹⁴.

Além destas teorias, MIGUEL S. MARIENHOFF ainda faz menção a mais duas outras: a “do domínio eminente” e a “dos fins do Estado”²¹⁵. Segunda a teoria do domínio eminente, o poder de desapropriar bens particulares decorre dos direitos especiais que estão nas mãos do príncipe e que mais tarde se constituíram em soberania. Este, ao conquistar determinado território, permitia, em troca do pagamento de tributo, o uso do solo pela população local, reservando para si o *ius eminens*. A desapropriação seria, então, uma revogação desta “permissão” do soberano²¹⁶.

Apenas a título de informação, a aceitação desta teoria é recorrente nos países anglo-saxões para justificar a intervenção estatal no domínio privado, especialmente nos casos de desapropriação²¹⁷. Na jurisprudência norte americana, há o entendimento de que o fundamento das restrições ao direito de propriedade, especialmente aqueles que se

²¹⁴ *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre-docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1981, p. 57.

²¹⁵ *Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p.137.

²¹⁶ CRISTINA ARENAS ALEGRIA. *La causa expropiatoria: evolución, límites y control*. Tese de doutorado apresentada na Universidade de Deusto - Espanha, fev. 2002, p. 100.

²¹⁷ PAUL BUTT. *Guide To The Law*. 5 ed. Londres: Penguin Books, 2004, p. 169. Para ODETE MEDAUAR, “mesmo na concepção atual, a teoria do domínio eminente não pode ser invocada como fundamento do instituto expropriatório; caso contrário, justificaria também toda a atividade estatal, no âmbito do Legislativo, no âmbito do Judiciário e do Executivo e todos os institutos dos ramos do Direito que disciplinam relações de particulares com o poder público” (*Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre-docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1981, p. 57).

referem à proteção e promoção da saúde, segurança, do bem estar e moral pública, reside na interação entre o poder de polícia e o domínio eminente²¹⁸.

Finalmente, tem-se a teoria dos fins do Estado. O Estado possui inúmeras finalidades, mas em última medida, sua finalidade essencial é a de promover o bem comum da sociedade. Assim sendo, a desapropriação é apenas e tão somente um instrumento, entre vários, para que seja atingida tal finalidade essencial.

Sobre esta teoria, valemo-nos mais uma vez, dos ensinamentos de ODETE MEDAUAR, segunda a qual as linhas básicas das teorias da predominância do interesse público sobre o particular, da função social da propriedade e dos fins do Estado “representam facetas de um mesmo fundamento: a necessidade de atendimento de interesse público ou interesse geral”²¹⁹.

Aproveitando os esclarecimentos da doutrinadora mencionada, o fundamento que tem obtido maiores adeptos, corrente na qual nos incluímos, é o da supremacia ou predominância do interesse público sobre o privado²²⁰. Segundo este fundamento, sempre que houver um conflito de interesses públicos e privados, os primeiros deverão prevalecer²²¹.

No entanto, o referido princípio, de forma equivocada, vem passando por inúmeras críticas, como se fosse inconciliável com a ordem democrática, bem como com os direitos individuais, como se passa a observar.

²¹⁸ Sobre esta questão, observe os julgados da Suprema Corte Americana: *Williamson County Regional Planning Comm'n vs. Hamilton Bank* (473 U.S.172(1985)) e *Penn Central Transportation Co. vs. New York City* (438 U.S.104(1978)).

²¹⁹ *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre-docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1981, p. 62. No mesmo sentido, FRANCO BARTOLOMEI: “Il generale potere di espropriazione, quale attributo della sovranità dello Stato sul fondamento di un principio antico quanto la società e lo stesso Stato: l’interesse pubblico deve prevalere sull’interesse privato” (*L’espropriazione nel diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, 1970, p. 434).

²²⁰ Neste sentido, FRANCISCO CARLOS DUARTE (*Ação de Indenização por Desapropriação Indireta*. 4. ed., Curitiba: Juruá, 2007, p. 54). Ressalte-se, contudo, a existência de entendimento contrário. Para LÚCIA VALE FIGUEIREDO, por exemplo, o fundamento da desapropriação é o domínio eminente e o fim do Estado (*Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 311). Para R. LIMONGI FRANÇA, o fundamento da desapropriação está no direito natural: “Do ponto de vista do Direito Natural estriba-se na necessidade de, por vezes, se sacrificar o interesse particular, em benefício da coletividade. No caso, o interesse particular é representado pela plenitude do direito de propriedade, garantia econômica da própria liberdade e de outros direitos individuais de natureza, quer material, quer moral, enquanto o benefício da coletividade é representado pela desapropriação, já por necessidade ou utilidade pública, já por aquilo que se convencionou chamar ‘interesse social’” (*Manual prático das desapropriações*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 28).

²²¹ Neste sentido, LUIGI DELPINO; FEDERICO DEL GIUDICE. *Diritto Amministrativo*. 15. ed. Nápoles: Simone, 2008, p. 536.

7.1. A crítica ao princípio da superioridade do interesse público sobre o privado.

CLÓVIS BEZNOS argumenta que, no Estado de Direito, não seria possível sustentar, *a priori*, a supremacia do interesse público sobre o privado, pois diante de uma lide de “interesses” ou “direitos”, sua utilização apenas poderia se dar pela interpretação do Poder Judiciário²²².

Inicialmente, já devemos discordar, tendo em vista que o referido princípio pode ser o fundamento de inúmeros institutos constitucionais. A título de ilustração citamos: a função social da propriedade (art. 5.º, XXII); a própria exceção da garantia ao direito de propriedade, a desapropriação por necessidade pública, interesse público e interesse social (art.5.º, XXIV) e a requisição da propriedade, em caso de perigo público iminente (art.5.º, XXV); entre outros.

Entre os críticos deste princípio, DANIEL SARMENTO esclarece que: “o dogma vigente entre os publicistas brasileiros, da supremacia do interesse público sobre o particular, parece ignorar nosso sistema constitucional, que tem como uma das suas principais características a relevância atribuída aos direitos fundamentais”²²³.

Com o devido respeito, estas teses não devem prosperar. Como esclarece MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o direito administrativo, que surge no Estado de Liberal, foi desenvolvido sobre duas idéias opostas: i) a proteção aos direitos individuais,

²²² *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Forum, 2006, p. 34.

²²³ *Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: DANIEL SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007, p. 89. No mesmo sentido, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO sustenta que “acreditamos ter demonstrado a enorme fragilidade dos argumentos não-institucionais (saúde pública, moral pública, produtos que podem viciar, necessidade de redução do consumo, as políticas públicas governamentais, etc) diante dos argumentos institucionais, ligados diretamente ao texto das refras jurídicas, como imperativo de uma sociedade democrática e onde prevaleça a segurança jurídica dos cidadãos e investidores, que não podem ficar sujeitos à permanente ameaça da invocação de uma ‘supremacia do interesse público’” (*A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo* In: DANIEL SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007, p. 22). Da mesma forma, HUMBERTO ÁVILA esclarece que inexistente relação de supremacia na medida em que o interesse público não pode ser descrito separadamente dos interesses privados (*Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. In: DANIEL SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007, p. 214).

calcada no princípio da legalidade; e, ii) a necessidade de satisfação do interesse público, da qual decorre a outorga de prerrogativas e privilégios para o Poder Público²²⁴.

O primeiro aspecto que deve ser frisado é que o interesse público é o resultado de uma análise e ponderação administrativa sobre os interesses que envolvem determinado fato. Isso não significa que poderá a Administração Pública, sem respaldo legal, atuar em determinado sentido, prejudicando direito de particular.

O Administrador, frente a uma necessidade pública, confronta-se com vários interesses, muitas vezes opostos. Assim, para que seja sanada tal necessidade, este deverá fazer o sopesamento e a ponderação, agindo, desta forma, conforme esta prévia avaliação. A existência de prerrogativa é legítima, e, em nosso entender, fundamental para se alcançar e atender os interesses públicos. Sobre esta questão, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO esclarece que:

“Quem exerce ‘função administrativa’ está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido”²²⁵.

Aliás, a própria inércia administrativa pode vir a significar que determinado interesse fora, segundo critérios administrativos, mais preponderante, naquele momento, e este passou então a ser protegido por decisão do administrador.

É, então, justamente este interesse protegido por decisão da Administração que denominamos de “o interesse público”. De fato, em momento pretérito à prática do ato administrativo, há inúmeros interesses que a Administração Pública deverá levar em consideração, mas o resultado deverá se concentrar em apenas um.

²²⁴ *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 159.

²²⁵ *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62.

Evidentemente, a aferição do interesse público caberá apenas e exclusivamente ao administrador. Mas, nesta análise de oportunidade e conveniência, bem como nesta ponderação, este deverá se pautar nos princípios do direito²²⁶ e nas regras jurídicas.

Sobre este tema em específico, podemos elencar um exemplo elucidativo. Em determinado Município, há necessidade de desafogar o trânsito local. Existem várias formas de solucionar tal questão. No entanto, algumas seriam extremamente dispendiosas, portanto, inviáveis economicamente; outras, afetariam o ecossistema de região próxima a um rio local. Todas estas alternativas envolvem interesses, sejam eles públicos ou não. No sopesamento destas possíveis soluções, a autoridade administrativa entendeu por bem desapropriar alguns imóveis para o alargamento da via urbana.

Observe-se, assim, que a solução encontrada pelo administrador é passível de discussão política ou jurídica. Muito embora esteja submetida às regras e princípios de direito, tendemos a crer que possa ser apreciada pelo Poder Judiciário e anulada, se for arbitrária.

Nestes termos, o fundamento da desapropriação decorre do poder de ponderação e a avaliação que incumbe à Administração ante uma necessidade pública de escolher qual interesse deve prevalecer; expressão clara do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Infelizmente, o termo utilizado para esta explicação (supremacia), vem sendo analisado de forma pejorativa. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, neste sentido, ensina que “em primeiro lugar, a idéia de que o interesse público sempre, em qualquer situação, prevalece sobre o particular jamais teve a aplicação. Exagera-se o seu sentido, para depois combatê-lo, muitas vezes de forma inconseqüente, irresponsável e sob falsos pretextos”²²⁷.

²²⁶ Acerca deste assunto, constata a MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que “sempre que a Administração tenha várias opções para atingir a mesma finalidade, ela deve necessariamente optar por solução que esteja em consonância com os princípios gerais do direito. Por isso mesmo, em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela lei, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo Direito” (*Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 173).

²²⁷ *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. RTDP 70/48.

Importante frisar que o mencionado princípio, de forma alguma, é conflitante com o Estado Democrático de Direito ou mesmo com os direitos individuais²²⁸. Muito pelo contrário, não há qualquer incongruência entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a ordem democrática.

O Estado visa defender os interesses da coletividade, favorecendo o bem-estar social; para este fim deverá o interesse público prevalecer sobre o interesse particular, sempre com respaldo no ordenamento jurídico²²⁹. Aliás, são inúmeras as situações em que o interesse público prevalece sobre o particular, não somente devido à ponderação administrativa, mas também porque a Constituição Federal assim determina.

Negar a existência deste princípio é, em última instância, negar o próprio Estado e sua soberania²³⁰. O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não é em sua essência anti democrático, para ser colocado como contraponto dos direitos fundamentais.

Por fim, entendemos oportuno, transcrever, uma vez mais, a ponderação de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, fazendo dela nossas palavras sobre o presente tema:

“O princípio da supremacia do interesse público convive com os direitos fundamentais do homem e não os coloca em risco. Ele encontra fundamento em inúmeros dispositivos da Constituição e tem que ser aplicado em consonância com outros princípios consagrados no

²²⁸ Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “a supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais” (*Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 63).

²²⁹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. RTDP 73/48. Da mesma forma, ALICE GONZALEZ BORGES esclarece que: “1. O interesse público que serve de base ao direito administrativo é o interesse primário, que corresponde à realização dos superiores interesses de toda a coletividade e dos valores fundamentais consagrados na Constituição. 2. Esse interesse é público, não porque sirva de base para as atividades próprias do Estado, ou porque este o invoque como razão de agir:mas, sim, na exata medida em que coincida com o querer majoritário de toda a comunidade, servindo de elo , como queria ROSSEAU, para a congregação das vontades individuais em torno dos objetivos comuns de uma sociedade democrática organizada” (*Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?* Disponível no sítio www.direitopublico.com.br, consultado em 08.05.07, p. 20).

²³⁰ Sobre este tema, importante colecionar a seguinte ponderação de MARTINA CONTICELLI: “Nell’ambito delle complesse vicende del rapporto tra i singoli e l’amministrazione, l’espropriazione segna il momento massimo di supremazia di quest’ultima Nei confronti del primo, configurando ‘una delle manifestazioni più caratteristiche della sovranità dello Stato’” (*L’espropriazione*. In: SABINO CASSESE (Org.). *Trattato di Diritto Amministrativo*. t. II. Milão: Giuffrè, 2000, p. 1445).

ordenamento jurídico brasileiro, em especial com observância do princípio da legalidade”²³¹.

²³¹ *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo.* RTDP 74/48.

8. RETROCESSÃO.

8.1. Introdução.

Como ressaltado anteriormente, uma vez desapropriado o bem, este deve ser destinado à finalidade pública que fundamentou o processo de desapropriação²³². EDMIR NETTO DE ARAUJO descreve esta situação de maneira bastante enfática, o que justifica sejam transcritas suas palavras:

“Ao concretizar-se a desapropriação, esse imóvel estará *afetado*, por declaração pública e inequívoca do Poder Executivo expropriante, a uma **destinação especial**, qual seja, na hipótese formulada, a construção de um edifício público, abrindo entretanto a possibilidade de utilização posterior em outra finalidade, igualmente de interesse público. Conseqüentemente, ao passar a integrar o patrimônio da entidade pública, tal imóvel enquadrar-se-á na categoria de *bem público de uso especial*, ou *bem público de uso comum*, conforme o caso”²³³.

A partir desta colocação, há que discutir o que acontece com a coisa expropriada quando esta é utilizada para fins diversos do previsto no decreto expropriatório, ou nem mesmo chega a ser utilizada. É nesse contexto que se encaixa o estudo da retrocessão.

De início, cumpre estabelecer os contornos precisos do instituto, motivo pelo qual convém, sucintamente, apresentar alguns conceitos já desenvolvidos por doutrinadores respeitáveis.

²³² ODETE MEDAUAR. *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 229: “o atendimento do interesse geral, que justifica a desapropriação, concretiza-se quando o poder público ou seus delegados utilizam o bem segundo o destino estabelecido”.

²³³ *Curso de Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 1050 e 1051.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO identifica a retrocessão com um direito real do antigo proprietário de reaver o bem expropriado quando este não foi utilizado para a finalidade pública que justificou a desapropriação²³⁴.

De outro lado, HELY LOPES MEIRELLES vê na retrocessão caráter meramente obrigacional, definindo-a como “a obrigação que se impõe ao expropriante de oferecer o bem ao expropriado, mediante a devolução do valor da indenização, quando não lhe der o destino declarado no ato expropriatório (CC, art. 1150²³⁵). Se o expropriante não cumprir essa obrigação, o direito do expropriado resolve-se em perdas e danos, uma vez que os bens incorporados ao patrimônio público não são objeto de reivindicação (Decreto-Lei 3365/41, art. 35)”²³⁶.

As duas visões acima representadas já demonstram a divisão existente na doutrina no que tange à natureza jurídica da retrocessão, havendo quem entenda ser ela simplesmente obrigacional, ou seja, de cunho indenizatório, enquanto outros defendem sua natureza real, de modo a possibilitar o efetivo retorno do bem à propriedade do expropriado. Há, ainda, um terceiro entendimento, no sentido de ser a retrocessão de natureza mista. Chegaremos à análise mais profunda desta questão posteriormente.

Por ora, cumpre esclarecer que entendemos não haver sentido na utilização da terminologia “direito de retrocessão” para designar o direito indenizatório do proprietário. A adoção do termo somente coaduna-se com o significado intuitivo que dele se faz quando consideramos a retrocessão como o retorno do bem expropriado ao proprietário original, quando este não foi destinado ao fim que justificou a desapropriação. Este retorno, todavia, não é livre de ônus, dependendo do pagamento do valor do bem por parte do antigo proprietário, motivo pelo qual, trata-se, de uma preferência para a compra do bem²³⁷, com certa particularidade na medida em que, muitas vezes, em virtude do longo trâmite da desapropriação, o proprietário poderá

²³⁴ *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 784.

²³⁵ Atual art. 519, do CC/2002.

²³⁶ *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 536.

²³⁷ Conceito semelhante apresenta MIGUEL S. MARIENHOFF (*Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 378 e 379): “La ‘retrocésion’ es la facultad de reclamar la devolución del bien, previo reintegro del importe recibido con motivo de la expropiación, o de la suma que en definitiva resulte si el bien o cosa hubiere sufrido ciertas modificaciones que aumenten o disminuyan su valor”. O Autor esclarece, em acréscimo, que a retrocessão decorre prioritariamente do desvio de poder, o que ocorreria, segundo seu entendimento, quando um bem destinado pelo legislador para satisfazer determinado uso, para preencher uma necessidade efetiva de utilidade pública acaba por ser destinado a um uso ou finalidade distintos, ou então não é afetado a qualquer uso de interesse público.

exercitar o direito de retrocessão sem ter recebido a integralidade do valor indenizatório decorrente da desapropriação. Neste caso, é evidente que não será compelido o expropriado ao pagamento do valor real integral do bem para que possa pleitear sua retomada.

Convém salientar, ademais, que os termos “retrocessão” e “reversão” nem sempre são utilizados como sinônimos. Como bem assinala MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, a reversão pode decorrer de acordo para retorno do bem expropriado, ou seja, se trata de mera devolução em virtude da não utilização, enquanto que a retrocessão é um direito de recompra do bem, implicando, portanto, no pagamento para que se dê o retorno do bem ao proprietário. Ademais, enquanto a reversão é matéria regida livremente pela Administração, a retrocessão é prevista em lei²³⁸.

Mais importante, ainda, é a diferença entre os dois termos na legislação portuguesa, eis que nesta não se cogita do direito de retrocessão, mas sim do direito de reversão, que significa a possibilidade do proprietário reaver os bens expropriados com fundamento no atraso de obras públicas e conduta negligente da autoridade pública, ou, então, na extinção da finalidade pretendida, justificativas estas que comprovam que a expropriação não se fazia necessária e o sacrifício imposto ao proprietário foi injustificado. Trata-se de uma faculdade concedida ao expropriado, que poderá optar ou não pela reaquisição do imóvel, a qual não pode ser compelida pelo expropriante.

Conforme salienta MANUEL BATISTA LOPES, a reversão não constitui uma condição resolutiva tácita e nem mesmo um poder legal de compra, como se menciona sobre o instituto no direito italiano²³⁹ e no direito francês²⁴⁰, eis que diz respeito tão-

²³⁸ *Desapropriação na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada*. 2 ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977, pp. 177 e 178.

²³⁹ Acerca da retrocessão no direito italiano, ODETE MEDAUAR assinala que o instituto consta dos arts. 60 a 63, da Lei de 1865, aplicando-se em poucas situações. A primeira delas ocorre quando tenha sido realizada uma obra no local expropriado, mas tenham remanescido áreas sem destinação. Neste caso, a própria expropriante pode publicar uma relação de bens que não foram utilizados para que os antigos proprietários exercitem a retrocessão. Também é possível que estes proprietários, tomando a iniciativa da retomada do bem, comuniquem sua intenção de readquiri-los. Além desta hipótese, também pode ser aplicada a retrocessão quando tenha se expirado o prazo necessário e previsto para a realização de obras (*Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 234).

²⁴⁰ ODETE MEDAUAR tece breves comentários sobre a retrocessão na França, na qual, de acordo com o art. L 12-6, do Código de Desapropriação, os imóveis desapropriados devem ser utilizados para a destinação que consta da declaração de utilidade pública no prazo de cinco anos, caso contrário, podem voltar para os proprietários originais, se estes tiverem a disposição de efetuar o pagamento do preço, correspondente ao valor real do imóvel, e não o valor da indenização recebida por ocasião da expropriação. O prazo

somente à anulação dos efeitos da expropriação, voltando-se ao *status quo ante*. O mesmo autor também assinala que o direito de reversão não é um direito de preferência, como ocorre no direito brasileiro, já que não se trataria de uma reaquisição, mas uma simples restituição do bem em troca de seu preço. De qualquer modo, sendo impossível a devolução do bem por ter sido previamente alienado, a reversão converte-se em perdas e danos²⁴¹.

A possibilidade de aplicação do instituto da retrocessão no direito brasileiro tem sido objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, em virtude da ausência de disposição expressa e clara acerca do assunto, além da legislação dispersa que seria aplicável a este.

Apenas a título de ilustração, e indicação de um modelo que poderia ser adotado no Brasil, frise-se que na Argentina, a Lei de Expropriação de 1977 (arts. 35 a 50) regulamenta a retrocessão, abordando seus principais aspectos, facilitando, portanto, a aplicação da mesma. De fato, conforme disposto no art. 35, o bem expropriado pode retornar ao antigo proprietário em caso de destinação diversa da prevista na lei expropriatória ou no caso de não destinação a qualquer fim. Assim, logo de início, já fica caracterizada a natureza real da retrocessão, bem como as hipóteses em que pode ser aplicada. Para exercer seu direito, no caso de não ser concedida qualquer destinação ao bem (a chamada *adestinação*, como iremos abordar adiante), o proprietário deverá interpelar o expropriante para que comece os trabalhos preparatórios para a utilização do bem de acordo com a finalidade pública que justificou a desapropriação.

Se, contudo, se tratar de hipótese de desvio de finalidade, é necessário que o proprietário ingresse com uma reclamação administrativa prévia, não sendo exigida a interpelação. Após estes primeiros procedimentos, e não tendo sido iniciada a obra no caso de adestinação, poderá o expropriado ingressar com a ação de retrocessão, a qual está condicionada a um depósito prévio do valor recebido a título de indenização, com

prescricional para o ingresso da ação de retrocessão é bastante longo, sendo de trinta anos contados da decisão do juiz da desapropriação. O bem, contudo, não poderá ser reivindicado pelo proprietário se houver nova declaração de utilidade pública ou se a desapropriação decorre de solicitação do expropriado (*Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 233).

²⁴¹ *Desapropriações por utilidade pública*. Coimbra: Almedina, 1968, pp. 239 a 241.

acréscimo de honorários advocatícios e despesas processuais. O depósito prévio, contudo, não se confunde com o valor necessário para a reaquisição do imóvel, que será decidido posteriormente, durante o transcorrer do processo. O prazo para cumprimento do fim de utilidade pública é fixado pela lei expropriatória específica, ou, se nada dela constar, será o que estiver previsto em legislação geral. De outro lado, o prazo para interpor a ação possui algumas peculiaridades, tendo em vista que as normas de Direito Público podem regular um regime específico para a prescrição das ações administrativas, as quais podem ser regulamentadas tanto por legislação nacional, como por legislação proveniente das Províncias.

A Lei de Desapropriação Nacional prevê um prazo prescricional de três anos para a propositura da retrocessão, contado a partir da conclusão da desapropriação, no caso de destinação diversa da finalidade pública, ou de quando houverem transcorrido os prazos previstos na interpelação prévia, na hipótese de adestinação. Na falta de norma específica sobre a prescrição, aplica-se o prazo de dez anos previsto no art. 3999, do Código Civil²⁴².

Já no direito brasileiro, diversas e oscilantes têm sido as orientações legais, como iremos verificar no tópico seguinte.

8.2. A retrocessão na legislação brasileira.

Como bem assinala ODETE MEDAUAR, a retrocessão considerada no sentido de ação real foi prevista pela primeira vez no art. 5º da Lei paulista 57, de 18 de março de 1836, sendo reiterada na Lei 1021, de 26 de agosto de 1903 (art. 14)²⁴³, bem como no art. 1150, do Código Civil de 1916, o qual possuía a seguinte redação:

²⁴² ROBERTO DROMI. *Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2006, pp. 970 a 977.

²⁴³ Sobre a referida lei, entende CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 784) que esta deixava claro o caráter de direito real da retrocessão. Apenas para análise histórica do instituto, transcrevemos a redação do art. 2, § 4º, da referida lei: “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”.

“A União, o Estado ou o Município oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino para que se desapropriou”.

A despeito da redação bastante clara do dispositivo legal, por constar este da subseção em que se regulamentava a preempção ou preferência, muitos estudiosos passaram a entender que a retrocessão se tratava de *direito obrigacional*, e não real, de modo que o imóvel, uma vez expropriado, não mais poderia ser reavido, mesmo em caso de desvio de finalidade.

Posteriormente, este posicionamento se intensificou, já que o Decreto-Lei 3365/1941, em seu art. 35, dispôs que:

“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”.

Como se observa de sua redação, a norma trouxe a vedação da reintegração de bens quando estes já tivessem sido incorporados à Fazenda, o que, via de regra, inviabilizaria a retrocessão, a não ser quando os bens tivessem sido expropriados e utilizados por concessionários ou pessoas jurídicas privadas, já que estes não teriam sofrido a mencionada incorporação²⁴⁴.

Em acréscimo, o art. 23 do Estatuto da Terra e o art. 14 do Decreto-Lei 554, de 25 de abril de 1969, também impediram o retorno do bem expropriado ao seu proprietário original.

Com isso, então, formaram-se três entendimentos doutrinários e jurisprudenciais: i) a retrocessão somente é admitida no direito brasileiro com natureza de direito obrigacional; ii) a retrocessão, a despeito do que consta do referido artigo, tem natureza de direito real; e iii) a retrocessão tem natureza mista de direito obrigacional e direito real.

²⁴⁴ *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 244.

Como partidários da primeira corrente, podemos mencionar HELY LOPES MEIRELLES²⁴⁵ e, mais recentemente, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, que sustenta que, em virtude do referido art. 35, qualquer ação direta com fundamento no art. 20 da mesma Lei de Desapropriação, quando julgada procedente, ensejará tão-somente indenização ao expropriado, não sendo admitido seu retorno ao bem objeto da desapropriação²⁴⁶. Esclarece este autor, todavia, que o referido art. 35 somente será aplicável se forem atendidos os pressupostos previstos no art. 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal, quais sejam: motivo de necessidade ou utilidade pública, ou então de interesse social. Em caso de ausência destes, o ato declaratório há que ser considerado inconstitucional, sendo admissível a retrocessão como ação real.

ODETE MEDAUAR, integrante da segunda corrente, e defendendo a natureza de direito real da retrocessão mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, manifestou-se pela inconstitucionalidade do art. 35 da Lei de Desapropriações anteriormente mencionado:

“Se a constituição excepciona, do direito de propriedade, a desapropriação por necessidade e utilidade pública ou interesse social, seria eivada de inconstitucionalidade a regra que mantivesse, como fato perene e consumado, a retirada do bem, sem a justificação e a finalidade exigidas na lei maior”²⁴⁷.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, também sustentando a tese de que a retrocessão é direito real e, portanto, propicia a reaquisição do imóvel pelo antigo proprietário em casos de não aplicação do bem ao destino que justificaria a expropriação, esclarece que o Texto Constitucional, no art. 5º, XXIV, justifica este posicionamento, sendo certo que este deveria prevalecer em detrimento de qualquer interpretação que se fizesse do art. 1.150, do Código Civil de 1916 e mesmo do texto

²⁴⁵ *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 536.

²⁴⁶ *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 746 e 751: “apesar de nula a desapropriação, o bem irregularmente expropriado será irreivindicável, pois um valor mais alto irá sobrepor-se ao próprio direito do expropriado, decorrente da sentença anulatória: o interesse da coletividade”.

²⁴⁷ *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 243.

expresso do art. 35 da Lei de Desapropriação²⁴⁸. No mesmo sentido, alinha-se EDMIR NETTO DE ARAUJO²⁴⁹, entre tantos outros administrativistas.

Por fim, a terceira teoria sustenta que a retrocessão é um direito de natureza mista, obrigacional e real, sendo facultada uma dupla via ao antigo proprietário quando verificada a não destinação do bem à finalidade prevista no decreto expropriatório: ou ingressa com ação de retrocessão para reaver o imóvel, pagando o preço real deste, ou então, demanda, tão-somente, indenização, devendo comprovar os prejuízos sofridos que não tenham sido devidamente ressarcidos por meio da indenização decorrente da desapropriação.

Como grande expoente desta corrente, há que se mencionar MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO, que assim se posiciona:

“Essa terceira corrente é a que melhor se coaduna com a proteção ao direito de propriedade: em princípio, a retrocessão é um direito real, já que o artigo 1.150 do Código Civil manda que o expropriante ofereça de volta o imóvel; pode ocorrer, no entanto, que a devolução do imóvel tenha se tornado problemática, em decorrência de sua transferência a terceiros, de alterações nele introduzidas, de sua deterioração ou perda, da realização de benfeitorias; neste caso, pode o ex-proprietário pleitear indenização, que corresponderá ao mesmo preço da desapropriação, devidamente corrigido, com alterações para mais ou para menos, conforme as melhorias ou deteriorações incidentes sobre o imóvel”²⁵⁰.

²⁴⁸ *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 787. O autor conclui seus argumentos da seguinte maneira, a qual merece ser transcrita em virtude da coerência com a qual é apresentada: “Parece-nos, em sintonia com tais inobjetáveis argumentos, que não se pode negar ao ex-proprietário o direito de reaver o bem nos casos aludidos, e é isto que se constitui na retrocessão propriamente dita, direito de natureza real. De resto é a orientação jurisprudencial dominante na atualidade”.

²⁴⁹ *Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1055.

²⁵⁰ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 172.

Em 2002, após a entrada em vigor do Código Civil, a questão parece ter encontrado um patamar mais seguro, tendo em vista que o art. 519²⁵¹, reiterando e corrigindo impropriedades do artigo correspondente no Código Civil de 1916, tornou inequívoca a possibilidade de exercício da retrocessão como direito real, restando sem fundamento a primeira corrente doutrinária acima mencionada, o que vem sendo confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵².

Partindo, então do pressuposto de ser possível o retorno ao antigo proprietário de bem que foi objeto de desapropriação, passemos a analisar as hipóteses em que será admitida a retrocessão, sem antes fazer a ressalva de que entendemos somente ser possível a retrocessão em caso de desapropriação pela forma judicial, e não amigável.

MIGUEL S. MARIENHOFF e ROBERTO DROMI, em análise à legislação argentina sobre o tema, esposam entendimento diverso, sustentando que a retrocessão se aplica tanto ao procedimento contencioso quanto à chamada ‘cesión amistosa’²⁵³.

8.3. Das situações nas quais é cabível o exercício da retrocessão.

Primeiramente, cumpre analisar a hipótese de utilização diversa da inicialmente prevista, ou seja, que discrepe da destinação prevista no decreto expropriatório.

Trata-se dos casos nos quais se configura o desvio de finalidade, o qual também recebe o nome de *tredestinación* ou *tresdestinación*²⁵⁴. Acerca da referida terminologia,

²⁵¹ O referido artigo tem a seguinte redação: “Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa”.

²⁵² Verifiquem-se os seguintes julgados: STJ, 2. T., REsp 868655/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. em 06/03/2007, v.u.: “PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – RETROCESSÃO – DESVIO DE FINALIDADE DE BEM DESAPROPRIADO – PRAZO PRESCRICIONAL. 1. A jurisprudência desta Corte e do STF adotou corrente no sentido de que a ação de retrocessão é de natureza real e, portanto, aplica-se o art. 177 do CC/16 e não do prazo quinquenal de que trata o Decreto 20.910/32. 2. Recurso especial provido”. Em sentido contrário, AR 769/CE, 1. Seção, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 10/12/2003, v.u.: “PROCESSUAL – AÇÃO RESCISÓRIA – DESAPROPRIAÇÃO – RETROCESSÃO – REIVINDICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PERDAS E DANOS. Viola os artigos 1150 do Código Civil e 35 do Dec. 3365/41, o acórdão que, em ação de retrocessão, determina o retorno dos bens expropriados ao patrimônio do ex-proprietário (...)”.

²⁵³ MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 379; e ROBERTO DROMI. *Derecho administrativo*. 11. ed., Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2006, p. 970.

cumpra diferenciá-la de outras duas bastante semelhantes, ainda que possuam significado diferente: a *desdestinação* e a *adestinação*. A primeira delas refere-se à desafetação de um bem da utilidade pública ou interesse social ao qual se destinava. A segunda diz respeito à hipótese de não utilização do bem, não tomando o expropriante, durante longo período, qualquer providência para a concretização da finalidade pública ou qualquer outra²⁵⁵. Retornaremos à hipótese de adestinação mais adiante.

No caso de *tredestinação*, a doutrina e jurisprudências majoritárias defendem que, havendo a manutenção do mesmo fundamento da desapropriação, como, por exemplo, o da utilidade pública, não seria cabível a retrocessão. HELY LOPES MEIRELLES, por exemplo, sustenta que a finalidade pública é genérica, podendo o bem desapropriado para uma finalidade pública ser utilizado para outro fim público sem que se verifique o desvio de finalidade²⁵⁶. Assim, somente se admitiria a retrocessão se o bem não atendesse a finalidade pública²⁵⁷.

De outro lado, EDMIR NETTO DE ARAUJO sustenta a possibilidade de o Estado utilizar o bem para fim diverso do originariamente declarado somente no caso desta utilização se enquadrar em casos taxativamente determinados. O mesmo se diga acerca do destinatário dos bens expropriados, que, em regra, deve ser o Poder Público, admitindo-se algumas exceções previstas em lei, como na desapropriação por zona, desapropriação para urbanização ou reurbanização, desapropriação por interesse social, para formação de distritos industriais e para garantia de abastecimento da

²⁵⁴ HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 534: “O desvio de finalidade ocorre, na desapropriação, quando o bem expropriado para um fim é empregado noutra sem utilidade pública ou interesse social”. Sobre o assunto, verifique-se o REsp 570483/MG, 2. T., rel. Min. FRANCIULLI NETTO, j. em 09/03/2004, v.u., no qual se entendeu como desvio de finalidade a utilização do bem expropriado para manutenção de pastagens e plantação de hortas, sem restar caracterizada qualquer destinação pública. No mesmo sentido, o REsp 647340/SC, 2ª T., rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 06/04/2006, v.u., cuja ementa é a seguinte: “Administrativo. Retrocessão. Destinação de parte do imóvel desapropriado à construção da sede da associação dos servidores do ente expropriante. Tredestinação ilícita. Ausência de utilidade pública. Indenização por perdas e danos. 1. A utilização de parte do imóvel desapropriado como sede da associação dos servidores do ente expropriante, reservada à recreação e lazer de seus associados, constitui tredestinação ilícita que torna cabível a retrocessão diante da ausência de utilidade pública da desapropriação. 2. Conquanto seja a retrocessão um direito real, havendo pedido alternativo de restituição do imóvel ou de indenização por perdas e danos, esta é a melhor solução nesta fase recursal, em que é inviável o conhecimento da atual situação do bem. Precedente. 3. Recurso especial provido”.

²⁵⁵ EDMIR NETTO DE ARAUJO. *Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1055.

²⁵⁶ *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 534 e 535.

²⁵⁷ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 790.

comunidade²⁵⁸. Se, contudo, os bens são destinados a outros beneficiários sem fundamentação legal, configurar-se-ia o desvio de finalidade, mesmo se presente o interesse público. O mesmo autor contesta a afirmação da primeira corrente, esclarecendo que “embora alguns autores entendam que a finalidade pública é sempre genérica e sua enumeração pelas leis exemplificativa, e, assim, o bem desapropriado para um determinado fim público pode ser utilizado para outro fim público, sem que ocorra desvio de finalidade, na verdade, não é bem isso o que dizem doutrina e jurisprudência: exige-se que o fim, além de público, seja também de utilidade pública; a finalidade pública pode ser genérica, mas dentro das hipóteses de enumeração taxativa das leis de desapropriação”²⁵⁹.

O entendimento esposado pela jurisprudência proveniente do Superior Tribunal de Justiça²⁶⁰ e do Supremo Tribunal Federal²⁶¹, contudo, coaduna-se com o posicionamento de HELY LOPES MEIRELLES.

Assinale-se, ainda no que tange à trespdestinação, que se o bem expropriado foi destinado para a finalidade pública prevista, mas, depois, veio a receber outra destinação, não há que se falar em retrocessão, como bem assinalam CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁶² e MIGUEL S. MARIENHOFF²⁶³, em comentário à legislação argentina.

Passemos, por fim, à hipótese de não utilização do bem expropriado para qualquer fim. O maior problema que se verifica neste caso é que a legislação brasileira não prevê qualquer prazo para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mas tão-somente para a desapropriação por interesse social, cuja lei (art. 3º, da Lei 4.132/62) concede o prazo máximo de dois anos para que se iniciem providências de aproveitamento do bem.

²⁵⁸ *Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1053. A desapropriação por zona, tendo em vista sua importância e as controvérsias que lhe são inerentes, será estudada em capítulo apartado.

²⁵⁹ *Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1054.

²⁶⁰ Neste sentido, como exemplo, analise-se o REsp 995724/SP, 1. T., rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. em 27/05/08, v.u. (“A trespdestinação do bem, por conveniência da administração pública, resguardando, de modo integral, o interesse público, não caracteriza o direito de retrocessão”).

²⁶¹ RE 64559/SP, 2 T., rel. Min. ELOY DA ROCHA, j. em 11/05/1970, v.u.; RE 91621/SP, 2. T., rel. Min. DJACI FALCÃO, j. em 13/05/1980, v.u.;

²⁶² *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 796.

²⁶³ *Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 389.

Em casos de necessidade e de utilidade pública, há três teorias: a primeira, adotada pela maioria dos doutrinadores, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁶⁴, EDMIR NETTO DE ARAUJO²⁶⁵ e JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES²⁶⁶, considera que não havendo prazo, para a propositura da ação de retrocessão, a qualquer tempo, deverá o expropriado comprovar que o bem não foi nem terá condições futuras de ser aproveitado conforme a destinação prevista inicialmente.

A segunda delas, com a qual nos coadunamos, mediante aplicação analógica do art. 10 do Decreto-Lei 3365/41, entende que o prazo para a utilização do bem na finalidade para a qual foi expropriado seria decadencial de cinco anos, da mesma maneira como ocorre com o prazo para ingressar com a ação expropriatória uma vez declarada a utilidade pública²⁶⁷.

Finalmente, ressalte-se a existência de um terceiro posicionamento, adotado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que entende não ser possível a retrocessão em caso de adestinação, tendo em vista que a lei não prevê prazo para a consecução da finalidade pública do bem²⁶⁸.

8.4. Do preço a ser pago para a reaquisição do bem.

O art. 519 do Código Civil é bem claro no sentido de que, em caso de retrocessão, há que ser pago o valor real do bem, e não o correspondente ao que foi recebido a título de indenização pela expropriação.

Podem, contudo, surgir problemas quando o proprietário não tiver recebido a totalidade da indenização estabelecida para a desapropriação. Neste caso, o expropriado deverá, tão-somente, devolver o valor recebido, com acréscimo de correção monetária, mas não com juros moratórios ou compensatórios, eis que foi o expropriante que atuou

²⁶⁴ *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 792.

²⁶⁵ *Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1056.

²⁶⁶ *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 826.

²⁶⁷ ODETE MEDAUAR. *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 252.

²⁶⁸ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 173.

de maneira ilícita, não destinando ao bem a finalidade prevista por ocasião do decreto expropriatório.

8.5. Do prazo prescricional para o exercício do direito à retrocessão.

A última questão a ser abordada sobre retrocessão é a referente ao prazo prescricional para o exercício de tal direito por parte do expropriado.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que tal prazo, no que tange ao seu aspecto obrigacional (pleito indenizatório), cuja contagem inicia-se assim que o expropriante desiste de destinar o bem à finalidade pública, é de cinco anos, conforme dispõe o Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932, o qual abrange todas as ações a serem movidas contra a Fazenda Pública, nas esferas federal, estadual e municipal. Já no que diz respeito ao direito de natureza real, ou seja, a reaquisição do bem expropriado, o prazo seria o das ações reais, isto é, da usucapião extraordinária, que atualmente, como já comentamos anteriormente, é de 15 (quinze) anos²⁶⁹.

De outro lado, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES sustenta que, como não há qualquer previsão legal sobre o assunto, deve ser aplicado o art. 205, o qual estabelece que a prescrição ocorre em dez anos, quando não houver outro prazo menor previsto em lei²⁷⁰.

²⁶⁹ *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 792 e 793.

²⁷⁰ *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 842 e 843. Frise-se que o referido autor cogita também da possibilidade de aplicação do art. 516, do CC (“Inexistindo prazo estipulado, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos 60 (sessenta) dias subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor”). No entanto, entendemos que não assiste razão ao autor, tendo em vista que o referido dispositivo legal não diz respeito à retrocessão, prevista exclusivamente no art. 519, do CC, mas sim à preempção que consta do art. 513 (“A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto”).

9. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA.

9.1. Introdução.

A desapropriação indireta, material ou transversa, tradicionalmente, é entendida como um apossamento fático pelo Poder Público, sem autorização legal ou jurisdicional, de propriedade particular²⁷¹.

Esta modalidade de desapropriação, se assim podemos chamar, é de criação pretoriana²⁷², na medida em que, ao longo da história, buscou-se pela responsabilização da Administração Pública na realização destes atos ilegais²⁷³.

Como ressalta J. J. CANOTILHO, esta responsabilização do soberano nem sempre foi uma tarefa simples, tendo em vista que este, por muito tempo, não poderia ser demandado judicialmente, em razão do seu *sovereign immunity*²⁷⁴. Desta situação, a doutrina e a jurisprudência se utilizavam de vários expedientes para tentar indenizar o particular prejudicado, entre os quais: a tentativa de responsabilização das autoridades administrativas, a “teoria do fisco”²⁷⁵ e a teoria do “sacrifício especial”²⁷⁶.

²⁷¹ Para ODETE MEDAUAR, a desapropriação indireta “também denominada desapossamento administrativo, ocorre quando o poder público se apossa de um bem ou parte de um bem, sem consentimento do proprietário ou sem o devido processo legal, que é a desapropriação” (*Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.363). Da mesma forma, MARÇAL JUSTEN FILHO sustenta que a “desapropriação indireta consiste no apossamento fático pelo Poder Público, sem autorização legal nem judicial, de bens privados. Trata-se, em última análise, de prática inconstitucional, cuja solução haveria de ser a restituição do bem ao particular, acompanhada da indenização por perdas e danos, e a punição draconiana para os responsáveis pela ilicitude” (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.453).

²⁷² Corroboram com este entendimento, FRANCESCO CARINGELLA e MICHELE DE PALMA. *Potere espropriativo e proprietà privata*. Milão: Giuffrè, 2005, p. 209.

²⁷³ Nestes sentido MARÇAL JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.453.

²⁷⁴ *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1973, p. 30.

²⁷⁵ O fisco, na Alemanha, era entendido como pessoa particular, podendo, desta forma, ser demandado judicialmente.

²⁷⁶ Segundo esta teoria, os sacrifícios impostos pelo Estado ao particular (propriedade) deveriam ser ressarcidos tendo em vista a proteção dos direitos naturais.

A responsabilização efetiva e constante da Administração Pública veio apenas com o surgimento dos Estados de Direito, com a subordinação da Administração Pública às leis e em especial a uma Constituição.

Isto posto, cabe, ainda, destacar que na desapropriação material (indireta) não se verifica, como ocorre na formal, uma aquisição propriamente do bem, mediante um procedimento regrado. Em certos momentos, pode ocorrer até um verdadeiro apossamento ilegal, violando o direito constitucional da propriedade (art.5.º, XXIV, da CF), mas isso não implica a perda da propriedade pelo particular e a respectiva aquisição pela Administração Pública.

Ademais, assim como a jurisprudência tem reconhecido, entendemos que para a ocorrência da desapropriação indireta não seja necessário apenas e tão somente um apossamento administrativo. Restrições graves ao direito de propriedade, sejam elas decorrentes de leis ou de atos administrativos, podem ensejar a referida desapropriação, fazendo, portanto, o proprietário jus ao direito de indenização.

Ao conceituarmos a desapropriação indireta como “*o desapossamento ilegal, por parte do Estado, sem a concordância do particular*”, estaremos certamente restringindo e ignorando outras situações tão importantes como a mencionada hipótese de afronta ao direito de propriedade.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem sustentando que “se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso de propriedade”²⁷⁷.

O excesso de restrição do direito de propriedade, por decorrência de regulamentação estatal, também, vem sendo considerado como desapropriação indireta no direito norte americano. No caso *Pennsylvania Coal Co. vs. Mahon*, o relator destacou que “a regra geral é que enquanto a propriedade pode ser regulamentada até certo ponto e se a regulamentação for muito longe, estar-se-á diante de uma desapropriação indireta”²⁷⁸.

²⁷⁷ 5. Câ. Cível, Ap. Civ. 216.461-1/SP, Rel. Jorge Tannus, j.em 22.03.94, v.u.

²⁷⁸ 260 U.S. 393(1922).

A desapropriação indireta é, portanto, todo o ato, atividade da Administração Pública, seja ele físico ou não, que ilegalmente priva o particular, sem o seu consentimento, da fruição total ou parcial do seu direito de propriedade.

Como ensina ANDRÉ GRISEL, o Tribunal Federal da Suíça assentou o entendimento de que a desapropriação material²⁷⁹ (desapropriação indireta) ocorre “quando o proprietário se vê impedido do uso que ele já fazia da coisa ou da utilidade econômica que ele dela obtinha ou ainda, quando a interdição restringe a utilização de sua coisa de uma maneira extraordinariamente elevada e sensível e, excepcionalmente, atinge um único proprietário ou um grupo deles, sendo esta uma medida tal que, se ele(s) não recebesse(m) indenização, ele(s) deveria(m) suportar um sacrifício considerável demais em favor da coletividade”²⁸⁰.

Em acréscimo, segundo o autor, para a ocorrência de determinada desapropriação indireta inexistem também a obrigatoriedade de ocorrência de evento físico. Algumas lesões afetam tão somente uma faculdade ou atributo do direito de propriedade, no entanto, em razão da gravidade poderão ensejar o direito de reparação²⁸¹. São inúmeras as situações em que o particular fica aliado de seu direito de propriedade em razão da atuação estatal.

Com base nos ensinamentos de FRANK MICHELMAN, analisados no capítulo 4.º - Desapropriação e restrições ao direito à propriedade, pode-se analisar este instituto como gênero do qual derivam duas espécies: i) a afetação danosa do direito de propriedade (*injurious affection*) e ii) a adoção de medidas legislativas, normativas, e de atos administrativos que restrinjam os poderes e as faculdades do proprietário (*regulatory taking*)²⁸².

²⁷⁹ A doutrina em questão faz a distinção entre desapropriação “formal” (aquela em que há a atuação nos moldes e procedimentos legais) e a desapropriação “material” (aquela que ilegalmente priva o particular de seu direito).

²⁸⁰ *Droit administratif suisse*. Neuchâtel: Éditions Ides et Calendes, 1975, p. 404.

²⁸¹ ANDRÉ GRISEL, novamente comentando, a jurisprudência do Tribunal Federal da Suíça, esclarece duas novas hipóteses de desapropriação material: “ou o proprietário é privado do uso de uma das faculdades essenciais que derivam do direito de propriedade, e tem direito a indenização, qualquer que seja o número de lesados, ou então é atingido de uma maneira menos pesada, mas mesmo assim importante, e ele pode pretender uma indenização se for vítima de uma ilegalidade” (*Droit administratif suisse*. Neuchâtel: Éditions Ides et Calendes, 1975, p. 405).

²⁸² *Apud* MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 725.

Na primeira situação, há o apossamento físico do bem, enquanto no segundo, em razão de uma norma ou mesmo de um ato administrativo, o particular é privado da fruição do seu patrimônio.

Isto posto, propomos separar a desapropriação indireta em duas espécies: a “de fato”, quando ocorrer uma afetação por parte da Administração Pública danosa ao direito de propriedade (*injurious affection*), e a “normativa”, fazendo referência a *regulatory taking*, já mencionada.

A privação do direito de propriedade, pela desapropriação indireta “normativa”, poderá ocorrer, por exemplo, nas seguintes situações:

a) quando o Poder Público cria uma área ou reserva de conservação ambiental, considerada por alguns como limitação administrativa ou servidão, que, pelo fato de impedir qualquer forma de exploração econômica, ou mesmo a utilização mais básica da propriedade, provoca a ocorrência de uma restrição excessiva da qual deverá decorrer uma indenização.

b) de um tombamento de prédio privado, até mesmo de uma servidão ou de uma limitação administrativa, tal o grau de restrições que o proprietário deverá suportar.

Quando se está diante de um apossamento, a identificação da ocorrência de uma desapropriação indireta é evidentemente mais simples e palpável, devendo, aqui, verificar-se a presença dos seguintes elementos: i) apossamento, ii) afetação e, em muitos casos, iii) impossibilidade de reversão²⁸³.

No caso da desapropriação “normativa”, quais os limites das restrições que os proprietários deverão suportar, sem que se perfaça o direito de pleitear perante o Poder Judiciário indenização, por decorrência da desapropriação indireta?

²⁸³ Neste sentido, é o julgado do Superior Tribunal de Justiça (1.T., Resp.628588/SP, Min. rel. Teori Albine Zavasck, j. em 02.06.2005, v.u.). No direito francês, há a divisão da desapropriação indireta em “via de fato” e o “emprise”. A primeira ocorre sem um suporte legal, enquanto na segunda, há um fundamento para a desapropriação; no entanto, a Administração, ao se apropriar de um imóvel, acaba por recair em erro na sua identificação, apropriando-se de parte de outro sem justo título (RENÉ HOSTIOU e JEAN-FRANÇOIS STRUILLLOU. *Expropriation et préemption*. 3. ed. Paris: Litec, 2007, p. 115).

Para respondermos à questão acima, deveremos inicialmente analisar, mesmo que de maneira sucinta, as teorias alemãs que servirão de subsídio para a análise de outras questões posteriormente.

9.2. As três teorias alemãs sobre desapropriação indireta.

Neste tópico, serão tratadas as três principais teorias sobre desapropriação: a clássica, a formal e a material. No entanto, desde já, imperioso destacar, a fim de evitar futuros equívocos, que na doutrina alemã há uma modalidade de desapropriação, como intervenção estatal, sem que haja perda da titularidade de direito, ou seja, modelo que se aproxima muito da nossa desapropriação indireta²⁸⁴.

Esta modalidade, como se poderá observar, é justamente o objeto central das referidas teorias.

9.2.1. A desapropriação clássica.

Segundo esta teoria, a desapropriação é entendida como simples alienação forçada de bens imóveis. Como esclarece MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, neste período, a “expropriação é encarada como um caso de aquisição de bens, reconduzindo-se à privação e transmissão da propriedade sobre bens imóveis através de um acto administrativo fundado em lei e tendo em vista um determinado fim de interesse público”²⁸⁵.

A indenização da desapropriação, nestes casos, era dever do Estado, tendo em vista o sacrifício realizado pelo particular em detrimento da coletividade. Os §§ 74 e 75

²⁸⁴ O termo “Verlust der Rechtsinhaberschaft” que segundo FERNANDO ALVES CORREIA diz respeito a privações de algumas faculdades inerentes ao direito de propriedade (*As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p. 80).

²⁸⁵ *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 996.

da Introdução à Lei das Terras Prussiana de 1794²⁸⁶, adotavam exatamente este entendimento, *in verbis*:

“§74 . Os direitos e interesses individuais dos cidadãos cedem, em caso de colisão, perante os direitos e deveres necessários à produção do bem comum;

§75. Como consequência, o Estado é obrigado a indenizar aqueles cujos interesses tenha sido necessário sacrificar em vista do bem comum”.

Estes dispositivos ensejam a criação da doutrina da igualdade de encargos dos cidadãos perante os sacrifícios especiais impostos aos direitos de propriedade²⁸⁷. Com o significativo aumento da intervenção estatal, especialmente com a Constituição de Weimar, esta doutrina teve importante papel na superação do modelo “clássico”.

Apenas a supressão total do direito de propriedade, neste modelo clássico, era pacificamente entendida como desapropriação. A mera limitação ou restrição em parcela de direito de propriedade não era abrangida.

Com a maior intervenção estatal, foi necessária a extensão da garantia da propriedade, e, por consequência, um novo conceito mais amplo de expropriação.

Tendo em vista que a noção clássica de desapropriação não solucionava inúmeros problemas (v.g. intervenções administrativas que não envolviam propriamente a perda da titularidade do direito de propriedade), a doutrina e a jurisprudência alemã buscaram outros critérios para a identificação do referido instituto.

9.2.2. A desapropriação formal.

²⁸⁶ Originalmente denominada *Allgemeines Landrecht*.

²⁸⁷ Neste sentido, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 998.

Como o próprio nome esclarece, a noção da desapropriação formal tem como fundamento a utilização de critérios com base em aspectos formais da atuação administrativa para a caracterização da desapropriação.

9.2.2.1. Teoria do ato individual²⁸⁸.

Conforme esta teoria, a desapropriação se caracterizaria por ato administrativo (leia-se, também, lei ou qualquer forma de norma) voltado diretamente contra direito patrimonial de um particular ou de um grupo de particulares. Se, no entanto, houvesse a realização de ato ou legislação que atingisse direitos patrimoniais de maneira geral, sem ser individualizada, não se estaria diante de uma desapropriação.

Esta teoria foi extremamente criticada na medida em que se sustentava unicamente na distinção entre leis e atos individuais e lei e atos gerais, podendo gerar situações injustas. Esta teoria, segundo BAGI, “tem uma perigosa lacuna, uma porta aberta pela qual o Estado pode atacar, impunemente e sem indenização, os direitos subjectivos dos cidadãos, a não ser que o legislador a preveja expressamente, o que significa muito pouco, pois não teria qualquer outra obrigação constitucional”²⁸⁹.

9.2.2.2. Teoria da intervenção individual²⁹⁰.

Segundo a doutrina da intervenção, se uma lei determinar o conteúdo e limites do direito de propriedade, de forma geral, não se estará diante de uma desapropriação. A desapropriação está presente quando há uma intervenção no direito de propriedade que atinja um particular de modo desigual, impondo-lhe um sacrifício especial, por interesse da coletividade.

²⁸⁸ “Einzelakttheorie”.

²⁸⁹ *Apud* FERNANDO ALVES CORREIA. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p. 81.

²⁹⁰ “Einzeleingriffstheorie”.

Segundo FERNANDO ALVES CORREIA, “para os defensores desta teoria, definida a expropriação nestes termos, ela caracteriza-se pela violação do princípio da igualdade. Se compararmos esta teoria com a anterior, verificamos que se a *Einzelakttheorie* (teoria do ato individual) acentua a individualidade do acto, a *Einzeleingriffstheorie* (teoria da intervenção individual) privilegia a especialidade do resultado”²⁹¹.

E, ainda, segundo este mesmo autor, esta teoria, por um lado, não deu “uma resposta clara à relação entre a individualidade da intervenção e a especialidade do resultado e, por outro lado, continuar prisioneira da distinção entre generalidade e individualidade”.

9.2.3. Desapropriação material.

Há inúmeras teorias que buscam identificar a desapropriação, utilizando critérios materiais e não mais formais. No entanto, grande parte destas teorias vale-se de critérios subjetivos, de pouca utilização prática, como passaremos a analisar brevemente²⁹².

Segundo a teoria da dignidade de proteção, a desapropriação ocorre quando o bem jurídico limitado ou adquirido pela Administração Pública é digno de proteção. Assim, a distinção entre a desapropriação e uma simples limitação do direito de propriedade está no critério da dignidade ou não do cerceamento de direito a que está sujeito o particular.

Por sua vez, conforme a doutrina da exigibilidade, há um limite para o sacrifício do direito do particular sem a ocorrência da indenização. Ultrapassando-se este, há a exigibilidade da indenização e, portanto, a ocorrência da desapropriação.

Para a teoria da diminuição substancial, estar-se-á diante da desapropriação quando o direito do particular for afetado, em tal ordem, que haja uma diminuição substancial de sua função econômica.

²⁹¹ *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p. 81.

²⁹² No mesmo sentido, J.J. CANOTILHO. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Coimbra: Almedina, 1973, p. 278.

Na teoria da utilização privada, há o entendimento de que quando as limitações ao direito de propriedade são tão importantes e relevantes que impeçam a utilização do bem pelo seu proprietário, estará configurada uma desapropriação.

Por fim, na teoria da alienação do escopo, entende-se que cada propriedade possui um determinado escopo, assim quando este é alienado, mediante um ato administrativo ou legislativo, estar-se-á diante de uma desapropriação.

9.3. Critérios para a identificação da desapropriação indireta “normativa”.

Como visto, segundo a teoria clássica alemã, o particular apenas faz jus a indenização se for alijado completamente de sua propriedade. Restrições que repercutissem em apenas uma faculdade do direito de propriedade, por mais significativas que fossem, não seriam considerada uma desapropriação indireta, se utilizada a terminologia pátria.

Nestas situações, apenas nos outros critérios, poderia haver espaço para a verificação da desapropriação indireta (*regulatory taking*). Assim sendo, passaremos a mencionar alguns critérios que julgamos indispensáveis para a ocorrência de uma desapropriação indireta (*regulatory taking*).

9.3.1. Critério da redução significativa do valor econômico.

A teoria da diminuição substancial, acima analisada, em nosso entendimento possui grande importância para a identificação de uma desapropriação indireta. É inegável que, a bem da coletividade, o particular deverá suportar determinadas restrições. No entanto, a propriedade privada não pode vir a ser despojada de sua função econômica.

A Administração Pública, ao privar o particular de usufruir da função econômica de sua propriedade estará, sem sombra de dúvida, atentando contra o direito de propriedade deste, garantido pela Constituição Federal²⁹³.

A diminuição significativa, portanto, da função econômica da propriedade caracterizará uma desapropriação indireta, devendo ser indenizada. No caso *Agis vs. City of Tiburon*, o relator esclareceu que “restrições do uso da terra somente podem ser consideradas como desapropriação indireta quando o ato não abrange interesses legítimos ao Estado ou nega ao proprietário o uso viável economicamente de seu bem”²⁹⁴.

Inegavelmente, haverá determinadas situações em que o proprietário não poderá dar a função econômica que pretendia à sua propriedade, no entanto, existirá possibilidade de conceder outras destinações ao bem, sem comprometê-lo economicamente.

9.3.2. Critério da utilização privada.

Assim como a função econômica, o direito de utilização do bem é indissociável do direito de propriedade. Em nosso entender, conceber uma propriedade sem que haja em seu bojo a possibilidade de utilização da mesma não é coerente. Portanto, diante de uma medida administrativa, se o particular ficar impossibilitado da utilização privada de seu bem, estar-se-á frente a uma desapropriação indireta.

Em se tratando de imóveis urbanos, esta matéria traz outras questões, especialmente no que concerne ao direito de construir. Há, doutrinariamente, um debate sobre a autonomia ou não do direito de construir. Muito embora não seja o tema central do nosso trabalho, julgamos indispensável a sua menção, mesmo que breve.

²⁹³ Ao tratar da desnaturação da limitação à propriedade, MARÇAL JUSTEN FILHO esclarece que “não se caracteriza limitação de propriedade quando a medida adotada não respeitar os limites antes expostos. Se a providência administrativa impuser vedação absoluta à fruição da coisa ou retirar seu conteúdo econômico, haverá desnaturação da limitação. Estará configurada uma outra figura jurídica, o que significará ou a invalidade da providência adotada ou a necessidade de indenização do particular” (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 415).

²⁹⁴ 447 U.S.255(1980).

Para MIGUEL SEABRA FAGUNDES, a autonomia do direito de construir conflita com a garantia constitucional da propriedade. Em se tratando de imóveis urbanos, o direito de construir compõe a essência “econômica do direito de propriedade”²⁹⁵.

Da mesma forma, HELY LOPES MEIRELLES esclarece que o “fundamento do direito de construir está no direito de propriedade. Desde que se reconhece ao proprietário o poder legal de usar, gozar e dispor de seus bens (Código Civil, art. 524), reconhecido está o direito de construir, visto que no uso, gozo e disponibilidade da coisa se compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la, beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico”²⁹⁶.

A corrente contrária, por sua vez, entende que o direito de construir é uma concessão decorrente das legislações urbanísticas, ou seja, em tese, sem a existência de normas autorizando, o proprietário ficaria impossibilitado de construir²⁹⁷.

Como mencionado anteriormente, somos partidários do direito de usufruir da propriedade, e, por consequência, do direito de construir até os limites prescritos em lei. Portanto, o direito de construir está, evidentemente, ligado ao direito de propriedade.

Nestes termos, qual a consequência para nosso tema da referida conclusão?

Ao julgarmos que o direito de construir está contemplado no direito de propriedade, limitações significativas a este direito, assim como sua proibição total, poderão ensejar o direito à indenização, decorrente de uma desapropriação indireta²⁹⁸.

Vejamos, por exemplo, o julgado norte americano (*Lucas vs. South Carolina Coastal Council*²⁹⁹), em que o proprietário havia adquirido uma propriedade em frente à praia para realizar determinada construção, a qual, segundo as normas vigentes à época,

²⁹⁵ *Aspectos jurídicos do solo criado*. RDA 05/129: “a nosso ver, conflita com a garantia constitucional da propriedade. Em se tratando de imóvel localizado em área urbana, é na possibilidade de construir, via de regra, que está a essência econômica da propriedade”.

²⁹⁶ *Direito de construir*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 28.

²⁹⁷ É partidário desta corrente, EROS ROBERTO GRAU (*Solo criado - Carta de Embú*. São Paulo: CEPAM, 1977, p. 141).

²⁹⁸ Segundo HELY LOPES MEIRELLES, as “limitações administrativas são, p. ex., o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos e a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural. Mas, se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem (*Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 551).

²⁹⁹ 505 U.S.1003(1992).

era permitida. No entanto, logo após a aquisição, a Administração local proibiu a referida construção, sob o fundamento justo e de interesse público, *in casu*, preservação das costas³⁰⁰. Sentindo-se prejudicado, o proprietário ingressou com medida judicial cabível, e nesta demanda, ficou assentado que quando uma medida legislativa reduza significativamente o valor de um imóvel ou prive o proprietário totalmente ou de parte significativa do uso deste, ocorre uma desapropriação.

9.3.3. Critério da intervenção individual.

Dos critérios apresentados para a justificação de uma eventual indenização por decorrência de uma desapropriação indireta, julgamos o da intervenção individual a de menor relevância, não sendo, portanto, essencial para a caracterização da violação ao direito de propriedade.

Evidentemente, este critério possui um significativo fundamento: o princípio da igualdade, na medida em que apenas um cidadão não poderá, de forma desigual, suportar encargos desproporcionais em benefício da coletividade.

No entanto, é possível que mesmo de um ato geral possa decorrer uma desapropriação indireta, tal é a restrição imposta aos proprietários afetados. O exemplo típico destes casos é a declaração de grandes áreas como sendo de proteção ambiental, impedindo que os proprietários desta região possam utilizar minimamente seus bens.

Por outro lado, uma intervenção individual também poderá ser plenamente legal não ensejando qualquer tipo de indenização, como ocorre nas situações de tombamento.

Assim sendo, este é um critério válido para traçar contornos de eventual irregularidade por parte do Poder Público. No entanto, como visto, considerado de maneira isolada, é pouco útil

³⁰⁰ Convém salientar que esta proibição foi devidamente fundamentada por laudo técnico sobre a costa local.

10. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como a constituição cidadã, inegavelmente inaugurou o atual ordenamento jurídico nacional prevendo inúmeras garantias individuais e coletivas aos administrados, em detrimento dos administradores que tiveram seus poderes sensivelmente reduzidos. Esta Lei Maior estabelece um Estado Democrático de Direito, em que a forma do Estado exerce seu poder de soberania é remetida à vontade popular e, ao mesmo tempo, submetida ao “império da lei”.

O administrador público deve pautar-se não somente pelos princípios enumerados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, mas sobretudo pela gestão responsável e prudente da coisa pública. A atuação responsável não significa apenas fazer uma gestão sem gastos desnecessários, mas também realizar um planejamento adequado e prévio dos atos administrativos.

A Constituição Federal assegura, repetindo as anteriores, o direito à propriedade, direito este considerado como de primeira geração, mas condiciona a sua garantia ao atendimento da função social³⁰¹.

Em seu próprio corpo normativos, já há importantes nortes para aferição desta finalidade que a propriedade deverá atingir. Como esclarece ALEXANDRE DE MORAES, “a possibilidade de relativização do direito à propriedade privada em virtude de funções sociais serve de instrumento para efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrados constitucionalmente no art. 3.º, entre eles: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais”³⁰². Além destes

³⁰¹ Sobre este tema, ALEXANDRE DE MORAES esclarece que “a Constituição Federal adotou a moderna concepção de direito de propriedade, pois, ao mesmo tempo em que o consagrou como direito fundamental, deixou de caracterizá-lo como incondicional e absoluto”. (*Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 266).

³⁰² *Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 267.

objetivos, incluiríamos também o da preservação do meio ambiente disciplinada no artigo 225 da Constituição Federal.

No que tange à desapropriação, entendida como uma garantia do direito de propriedade uma vez que a partir do momento em que este instituto se consolida, apenas e tão somente nos casos determinados por lei e nos procedimentos por ela referidos, a atual Constituição trouxe importantes inovações.

O legislador constituinte apenas vem reforçar nossa tese ao incluir o instituto da desapropriação no texto constitucional justamente no artigo 5.º, notadamente conhecido por estabelecer os direitos e as garantias individuais. Este artigo, em seu inciso XXIV, dispõe 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”³⁰³. Além disto, a Constituição prevê outras hipóteses de desapropriação com o objetivo de proteger a função social da propriedade.

Serão analisadas, a partir de agora, as formas de desapropriação existentes na Constituição de 1988 e seus respectivos requisitos. A classificação destas formas de desapropriação utiliza como elementos diferenciadores e agregadores a “indenização” e o cumprimento da função social.

Entendemos que, nos termos da Constituição Federal de 1988, há duas formas claras de desapropriação: i) a ordinária e ii) a sanção. Isso não significa, contudo, que seja a única classificação existente.

A título de ilustração, KIYOSHI HARADA classifica a desapropriação em três modalidades: i) a primeira, em que a desapropriação atinge propriedade que cumpre a função social e em que necessariamente deverá ocorrer a prévia e justa indenização em dinheiro; ii) a segunda, em que a desapropriação recai sobre propriedade que não cumpre a função social, devendo o pagamento o pagamento ser feito em títulos da

³⁰³ Cabe destacar que situação semelhante ocorreu na Constituição de 1967, na qual o instituto da desapropriação estava inserido no artigo referente aos direitos e garantias individuais (art.150).

dívida pública e, por fim, iii) a desapropriação de propriedade nociva, na qual inexistente indenização³⁰⁴.

Importante deixar claro que independentemente da classificação utilizada, o fundamental é que esta possa auxiliar a compreensão das particularidades de determinado objeto de análise e estudo. Sobre este tema, EROS ROBERTO GRAU esclarece que as classificações não são verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis³⁰⁵.

Passamos, neste momento, a distinguir, brevemente, a desapropriação ordinária da desapropriação sanção.

10.1. Desapropriação ordinária.

As desapropriações ordinárias são as estabelecidas no inc. XXIV do artigo 5.º da Constituição Federal, em que somente por motivo de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, poderão os particulares vir a serem privados de suas propriedades.

O elemento aglutinador neste grupo é a indenização. As desapropriações enquadradas neste grupo deverão, sempre, ser indenizadas mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

Ademais, todas as entidades políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) poderão realizar a desapropriação, com fundamento nas hipóteses deste grupo, fato que não ocorre nas situações de desapropriação sanção.

10.2. Desapropriação sanção.

Nesta espécie de desapropriação, o elemento de destaque não é mais a indenização. Aqui não há a necessidade dela ser justa, prévia e em dinheiro, e, em

³⁰⁴ *Desapropriação doutrina e prática*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, pp.11 e ss.

³⁰⁵ *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.130.

determinada hipótese, nem é necessária a sua existência. As desapropriações sanções decorrem do não atendimento da função social da propriedade “expropriada”. Como argumentam JUAN ALBERTO CASAS e HORACIO J. ROMERO VILLANUEVA, na chamada “expropiación irregular”, o expropriado impulsiona a desapropriação, por decorrência de sua ação ou omissão³⁰⁶.

É justamente isso que ocorre na desapropriação sanção e como poderá se observar em tópico específico, a conduta do expropriado afetará diretamente a forma de sua indenização. Pode-se subdividir este grupo em três subgrupos:

a) A desapropriação sanção urbanística - de competência exclusiva dos Municípios - ocorre nos casos em que o imóvel, inserido no plano diretor, não foi edificado, foi subutilizado ou não utilizado, nos termos do art. 182, § 4.º, III, da Constituição Federal.

b) A desapropriação sanção destinada à reforma agrária - de competência exclusiva da União³⁰⁷ – ocorre quando o imóvel rural não esteja cumprindo sua função social, nos termos do artigo 184 e parágrafos da Constituição Federal.

c) A desapropriação sanção em razão de ilícito criminal – atinge glebas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, serão desapropriadas, conforme disposto no artigo 243 da Constituição Federal.

³⁰⁶ *Expropiación*. Buenos Aires: ASTRA, 2005, p. 29.

³⁰⁷ Anteriormente, o STF entendia que também as situações de interesse social, quando envolviam imóvel rural, seriam de competência apenas da União. Atualmente, apenas as desapropriações destinadas à reforma agrária são de competência privativa deste ente (RDA 152/122).

11. DESAPROPRIAÇÃO ORDINÁRIA.

A desapropriação ordinária ou tradicional, prevista expressamente no artigo 5.º, inc. XXIV, da Constituição Federal, somente poderá ser realizada nos casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social e desde que a indenização seja justa, prévia e em dinheiro.

O legislador constituinte optou por fazer uma tripartição das situações em que pode ocorrer a desapropriação. Embora seja muito criticada por diversos autores, em razão da possibilidade do conceito de utilidade pública, por si só, abranger as outras duas, esta tripartição favorece o controle da atividade administrativa.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, “o legislador constitucional tripartiu os motivos ensejadores da desapropriação, para indicar discriminadamente a natureza e o grau dos interesses a serem atendidos pela Administração em cada ato expropriatório”³⁰⁸.

No mesmo sentido, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALES esclarece que “a tripartição é de grande utilidade, pois serve para explicitar melhor os casos em que o direito de propriedade, assegurado pela Constituição, cede passo à desapropriação”³⁰⁹.

Apesar da Constituição Federal estabelecer três hipóteses para a desapropriação ordinária, a legislação infraconstitucional apenas faz referência à utilidade pública e interesse social como será analisado detidamente a seguir.

11.1. Necessidade e utilidade públicas.

³⁰⁸ *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 520.

³⁰⁹ *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92.

A dicotomia necessidade e utilidade pública, no direito pátrio, tem sua origem na Lei 422, de 9 de setembro de 1826. Mas, como esclarece MIGUEL SEABRA FAGUNDES, “a distinção estabelecida tinha, segundo o sistema daquela lei, a sua razão de ser. É que, em se tratando de necessidade, a verificação da sua existência seria feita, ‘a requerimento do procurador da Fazenda Pública, perante o juiz do domicílio do proprietário, enquanto, nos casos de utilidade, a verificação do motivo teria lugar “por ato do Legislativo”, perante o qual seria levada a requisição do procurador da Fazenda Pública”³¹⁰.

Ademais, assevera este autor que a necessidade pública surge quando a “Administração se encontra diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido nem procrastinado e para cuja solução é indispensável incorporar no domínio do Estado o bem particular”; enquanto a utilidade “existe quando a utilização da propriedade privada é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível”.

Assim, muito embora a legislação infraconstitucional faça referência apenas às situações de utilidade pública e de interesse social, as hipóteses de necessidade pública estão contempladas, juntamente com as de utilidade pública, no artigo 5.º do Decreto-Lei 3365, de 21 de junho de 1941.

Sobre esta questão, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO esclarece que “os casos de necessidade e utilidade pública capitulados no art. 590, §§ 1.º e 2.º, do Código Civil de 1916 – e que, aliás, não têm correspondentes no novo Código, isto é, na Lei 10406, de 10.1.2002 – foram absorvidos todos, sob a designação de utilidade pública, pelo art. 5.º do Decreto-Lei 3365”³¹¹.

Este artigo (art. 5.º) dispõe que são hipóteses de utilidade pública: a segurança nacional; a defesa do Estado; o socorro público em caso de calamidade; a salubridade pública; a criação e melhoramento de centros de população; o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais; 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 a sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a

³¹⁰ *Da desapropriação no direito constitucional brasileiro*. RDA 14/02.

³¹¹ *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.766.

construção ou ampliação de distritos industriais; o funcionamento dos meios de transportes, entre outras.

Observe-se que neste rol de situações há várias hipóteses que podem ser enquadradas como necessidade pública, especialmente se levarmos em consideração o “imperativo irremovível”, mencionado por MIGUEL SEABRA FAGUNDES³¹², ou mesmo, tendo em vista o disposto no Código Civil de 1916, no § 1.º do artigo 590³¹³.

A doutrina tem sustentado, e com razão, que as hipóteses elencadas naquele dispositivo são taxativas, face à letra “q” do referido artigo a qual menciona que são casos de utilidade pública “os demais casos previstos por leis especiais”³¹⁴.

Desta forma, não pode a legislação estadual ou municipal ampliar este rol de situações, ou mesmo, como esclarece DIÓGENES GASPARINI, a “autoridade expropriante promover a desapropriação para outro fim que não um desses, sob pena de nulidade da expropriação”³¹⁵.

11.2. Interesse social.

A terceira hipótese constitucional da desapropriação é a do interesse social. Na lição de HELY LOPES MEIRELLES, o “interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público”³¹⁶.

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a desapropriação por interesse social possui três fundamentos constitucionais diversos, a saber: i) o artigo 5.º, inciso XXIV, disciplinado pela Lei 4132, de 10 de setembro de 1962; ii) o artigo 182, § 4.º, III, que trata da desapropriação de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, e,

³¹² *Da desapropriação no direito constitucional brasileiro*. RDA 14/02.

³¹³ Este artigo estabelecia como situações de necessidade pública a defesa do território nacional e a segurança pública, entre outras.

³¹⁴ Neste sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 766) e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 155).

³¹⁵ *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 628.

³¹⁶ *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 521.

iii) o artigo 184 referente à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária³¹⁷.

No entanto, por opção de nomenclatura, preferimos incluir apenas as situações da Lei 4132 de 1962, como forma de interesse social, enquanto as outras duas, por diferenciações de tratamento, optamos por classificá-las como desapropriação sanção, como se observará no tópico seguinte.

São hipóteses de desapropriação por interesse social, nos termos do artigo 2.º da referida lei, entre outras: o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve servir ou possa suprir por seu destino econômico; o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias; a construção de casas populares; a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

Anteriormente, havia dúvida sobre a competência expropriatória nas hipóteses de desapropriação por interesse social. Muito se sustentou que quando se tratava de imóveis rurais a competência seria exclusiva da União. Atualmente, no entanto, este entendimento foi alterado; aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal modificou sua posição sobre o tema, passando a sustentar que apenas nos casos de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, seria competência exclusiva deste ente público.

Sobre esta questão, são claros os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a saber:

“é pacífico que União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios podem desapropriar por necessidade pública (e utilidade), discute-se se a desapropriação por

³¹⁷ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 155. MARÇAL JUSTEN FILHO, da mesma forma, enquadra a desapropriação prevista no art. 182, §4.º, III, como sendo de interesse social (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 432).

interesse social é privativa da União ou repartida com as demais pessoas citadas”

“Há divergência na matéria. O correto, todavia, é entender que quaisquer das pessoas referidas podem desapropriar sob os três fundamentos. Com efeito, a Lei 4132, que disciplina a desapropriação por interesse social, é omissa quanto a isto, mas ela mesma estabelece, em seu art. 5.º, que no que for omissa, aplica-se o Decreto-Lei 3365, o qual confere tal poder indistintamente à União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”.

“É certo, contudo, que na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, com base no art. 184, unicamente a União é competente, consoante estabelece o artigo citado na Carta Magna³¹⁸”.

11.2.1. Procedimento da desapropriação por interesse social.

As regras gerais sobre o procedimento expropriatório serão desenvolvidas em capítulo posterior, motivo pelo qual nos dedicaremos neste momento ao estudo das particularidades pertinentes à desapropriação por interesse social.

Como afirmaremos, o procedimento expropriatório desenvolve-se em duas fases: a declaratória e a executória, sendo que esta última poderá ser judicial ou administrativa.

Na primeira fase, como o próprio nome indica, dá-se a declaração de utilidade pública ou interesse social, a qual é de iniciativa do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, nas condições outrora mencionadas no capítulo que trata sobre os sujeitos da desapropriação.

³¹⁸ *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 767.

Após a declaração acima mencionada, há prazo de caducidade, contado da data de expedição do decreto, para que se inicie a segunda fase do procedimento. O prazo varia conforme o fundamento da desapropriação: se for por utilidade pública, será de cinco anos; se, de outro lado, for por interesse social, mesmo no que tange à expropriação para a reforma agrária, este prazo se reduz para dois anos, com uma peculiaridade: ele refere-se não somente à efetivação da desapropriação, como também às providências de utilização do bem expropriado³¹⁹, como se observa do art. 3º, da Lei 4132/62, abaixo transcrito:

“Art. 3º. O expropriante tem o prazo de 2 (dois) anos, a partir da decretação da desapropriação por interesse social, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado”.

Com relação à segunda fase do procedimento, que abrange a tomada das medidas necessárias para a promoção ou consecução da desapropriação (cujos legitimados para tanto já foram devidamente identificados no capítulo pertinente), com integração do bem no patrimônio público, esta será administrativa em caso de desapropriação amigável, isto é quando houver composição entre o Poder Público e o proprietário, regendo-as pelas formalidades pertinentes à compra e venda; ou judiciária, quando houver necessidade de processo de desapropriação para estabelecimento do valor da indenização, bem como da transferência da propriedade do expropriante para o expropriado³²⁰.

Além disto, ao contrário do que ocorre nestas duas situações, a destinação dos bens expropriados, na situação de interesse social, é revertida em benefício da coletividade ou mesmo de certos grupos, e, portanto, não tem por fim a Administração e seus delegados.

³¹⁹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 151.

³²⁰ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 151.

12. DECRETO-LEI 3365/41

Devido à grande importância deste Decreto-Lei, que é verdadeiramente a norma de regência das desapropriações, na medida em que é aplicada nas hipóteses de necessidade e utilidade pública, e, subsidiariamente, na de interesse social (conforme o artigo 5.º da Lei 4132/62), faz-se necessária a abertura de um capítulo específico para a sua análise mais detalhada.

Porém, antes mesmo de tratar propriamente de suas peculiaridades, analisaremos a conjuntura histórica e política em que foi editado.

GETÚLIO VARGAS, no mesmo dia em que implantou o Estado Novo, em 1937, outorgou a Constituição brasileira, cuja característica era essencialmente centralizadora³²¹. Esta Carta Política foi elaborada por FRANCISCO CAMPOS que se apoiou sobretudo na Constituição autoritária da Polônia, motivo pelo qual ficou conhecida como “Constituição Polaca”.

Ela suprimiu inúmeras liberdades existentes na Carta anterior, de 1934, entre as quais a igualdade de todos perante a lei, a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de associação para fins lícitos.

³²¹ Sobre a Carta de 1937, são esclarecedoras as ponderações de BORIS FAUSTO, a saber: “uma leitura superficial da Carta de 1937 não nos daria a chave do Estado Novo. Seu corpo continha muitos dispositivos que nunca foram aplicados. O segredo estava nas ‘disposições finais e transitórias’. O presidente da República aí recebia poderes para confirmar ou não o mandato dos governadores eleitos, nomeando interventores nos casos de não-confirmação. A Constituição entrava em vigor imediatamente e devia ser submetida a um plebiscito nacional. O Parlamento, as Assembléias estaduais e as Câmaras Municipais eram dissolvidas, devendo realizar-se eleições para o Parlamento somente depois do plebiscito. Enquanto isso, o presidente tinha o poder de expedir decretos-lei em todas as matérias de responsabilidade do governo federal. O art. 186 das ‘disposições finais e transitórias’ declarava em todo o país o estado de emergência, suspendendo assim as liberdades civis garantidas formalmente pela própria Carta constitucional. Outro preceito transitório, mais tarde prolongado indefinidamente, autorizava o governo a aposentar funcionários civis e militares, ‘no interesse do serviço público ou por conveniência do regime’. Na realidade, o presidente ficaria durante todo o Estado Novo com o poder de governar através dos decretos-leis, pois não se realizaram nem o plebiscito nem as eleições para o Parlamento. Os governadores dos Estados se transformaram em interventores, e na maioria dos casos foram substituídos. O estado de emergência não foi revogado. O Estado Novo concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da história do Brasil independente. A inclinação centralizadora, revelada desde os primeiros meses após a Revolução de 1930, realizou-se plenamente”. (*História do Brasil*. São Paulo: Edusp, 1996, p. 365)

Além disto, especificamente no que tange ao tema das desapropriações, retirou a exigência de indenização justa prevista na Constituição anterior. Some-se a isso o fato do artigo 186, inserido no capítulo das “disposições finais e transitórias”, declarar o estado de emergência em todo o país, suspendendo, desta forma, as liberdades e garantias civis. O estado de emergência perdurou por todo o período do Estado Novo GETÚLIO VARGAS governava por meio de decretos-leis.

Antes mesmo da edição da norma em questão, foi editado o Decreto-Lei 1283 de 1938, em que a competência para fazer declarações de necessidade ou utilidade pública passou ao Executivo e, principalmente, ficando proibido que o Poder Judiciário adentrasse no mérito para verificar a ocorrência dos casos de necessidade ou utilidade pública.

É justamente neste quadro político autoritário e centralizador que surge o Decreto-Lei 3365/41, disciplinador da desapropriação por necessidade e utilidade pública. Muito embora inúmeras normas posteriores viessem a alterar certas disposições, a sua essência, forjada em um período autoritário, continua sendo aplicada e influenciando sobremaneira na doutrina e na jurisprudência até mesmo nos dias atuais em que prevalece um Estado Democrático de Direito.

Como destaca MARÇAL JUSTEN FILHO, “os regimes jurídicos da desapropriação estão contemplados em diversas leis, algumas editadas há muito tempo. Algumas das disposições dessas leis são claramente incompatíveis com a Constituição de 1988 e não foram recepcionadas pelo novo diploma. É necessário evitar o costume de dar aplicação a todos os dispositivos das leis antigas, tal como se todos fossem constitucionais”³²².

Sobre esta questão, ADILSON DE ABREU DALLARI tece importantes considerações:

“Então, a propriedade mudou de fisionomia ao longo do tempo, de uma maneira muito clara, especialmente na legislação brasileira: a propriedade hoje existente, o direito de propriedade, consagrado, protegido, garantido no Brasil, é completamente diferente do direito de propriedade existente ao tempo em que foi editada a principal Lei de Desapropriações, que foi o Decreto-Lei

³²² *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 432.

3365/41. Ele foi editado no tempo da ditadura de Getúlio Vargas, naquele tempo estava, teoricamente, em vigor a Constituição de 1937, que nunca foi aplicada,; então, a nossa principal Lei de Desapropriação é um decreto-lei da ditadura, e que reflete muito este autoritarismo, porque ditadura é assim: manda quem pode e obedece quem tem juízo, quer dizer, não há controle, não há garantia, não há segurança, não há limites à autoridade.(...) Desse modo, esse decreto-lei representa um poder pessoal incompatível com o sistema jurídico atual”³²³.

Isto posto, concordamos com a tese do referido doutrinador no sentido de que o este regulamento normativo das desapropriações é incompatível com o sistema jurídico atual, em inúmeros dos seus dispositivos.

12.1. Do procedimento expropriatório.

O referido Decreto-Lei também disciplina o procedimento da desapropriação nos casos de necessidade e utilidade pública e, subsidiariamente, de interesse social. De forma geral, o processo expropriatório é dividido em duas fases: uma declaratória e outra executória.

A declaração expropriatória³²⁴, via de regra, é realizada pelo Poder Executivo, mediante decreto mas também é permitido que o Poder Legislativo faça tal declaração por lei específica. Neste caso, o Executivo tomará todas as medidas necessárias para a efetivação da desapropriação.

O ato declaratório, seja realizado por lei ou por decreto, deverá apresentar cinco requisitos indispensáveis para o seu aperfeiçoamento, a saber: i) delimitação do bem a ser expropriado; ii) declaração de utilidade pública; iii) destinação específica a ser dada

³²³ BDA 857/20.

³²⁴ MANUEL BAPTISTA LOPES destaca a importância da declaração expropriatória, ao esclarecer que “a falta de declaração de utilidade pública não pode mesmo ser sanada por acordo das partes, devendo de tal questão conhecer-se oficiosamente ou a requerimento da parte, em qualquer altura do processo” (*Expropriações por utilidade pública*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 54).

ao bem; iv) fundamento jurídico e v) os recursos orçamentários pelos quais correrá a despesa³²⁵.

A delimitação do bem a ser expropriado é fundamental para que não parem dúvidas sobre o objeto da desapropriação. É com base neste que o perito deverá concentrar seu trabalho para identificar o valor da indenização³²⁶, por exemplo. Até por respeito aos princípios da publicidade e da transparência, a Administração, ao descrever o bem, deverá ser clara e precisa, individualizando-o perfeitamente, sem conceder margem a questionamentos.

Ocorre, no entanto, que em muitos decretos expropriatórios, a área a ser desapropriada não chega ao conhecimento do público, não pela ausência de publicação nos diários oficiais ou em jornais locais, mas pela descrição do imóvel muitas vezes truncada ou com suporte em “plantas cartográficas” de uso exclusivo do Poder Público³²⁷.

A declaração de utilidade pública (ou interesse social), por sua vez, é a própria razão da existência do decreto expropriatório. Trata-se da manifestação pública da vontade de expropriar determinada propriedade.

³²⁵ Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “o decreto tem de explicitar, de modo preciso e claro, o interesse a ser satisfeito por meio da desapropriação do bem, inclusive para o fim de comprovar a ausência de outra solução dotada de menor lesividade – tanto ao interesse privado como aos cofres públicos. Não basta uma fórmula genérica (tal como ‘é declarada utilidade pública, para fins de desapropriação’). Essa solução talvez fosse compatível com a ordem jurídica não democrática anterior à Constituição de 1988. Perante ela, configura ato arbitrário e inválido. Ademais disso, o decreto de desapropriação deverá indicar os recursos e as soluções cogitadas para a liquidação da desapropriação” (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.441). EDMIR NETTO DE ARAÚJO, da mesma forma, sustenta a necessidade da identificação clara e precisa do bem a ser expropriado, a avaliação prévia e a realização da dotação orçamentária para realização da declaração expropriatória (*Curso de direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1032).

³²⁶ Curioso o relato da Conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, TEREZINHA IRIGARAY, a respeito de uma desapropriação amigável de uma grande área. Nesta área, havia uma vasta vegetação de eucalipto, que fora ignorada pelo decreto expropriatório, bem como pelo laudo técnico de avaliação do bem. Ocorre que após a escrituração do imóvel, o antigo proprietário, vendeu a referida cobertura vegetal de eucalipto. (TCE-RS, Processo 02745-02.00/03-7. Origem: Executivo Municipal de Forquetinha).

³²⁷ Como se pode observar no Decreto 48349 de 15 de maio de 2007 da Prefeitura de São Paulo, foram declarados de utilidade pública as áreas e os perímetros indicados nas plantas do arquivo do Departamento de Desapropriação, a saber: “Planta P-27.946-C3, área com 123359,20m² (cento e vinte e três mil, trezentos e cinquenta e nove metros e vinte decímetros quadrados), delimitada pelo perímetro 1-2-3-4-5-6-7-8-9-10-45-46-14-15-47-48-49-50-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-1 e Planta P-30.268-A1, área com 145.941,53 m² (cento e quarenta e cinco mil, novecentos e quarenta e um metros e cinquenta e três decímetros quadrados), delimitada pelo perímetro 1-2-3-4-5-6-7-8-1”. Observe-se que estas indicações não permitem à população o real conhecimento da área declarada de utilidade pública. Trata-se de uma região de São Paulo conhecida como “cracolândia”.

Esta declaração, por si só, não desapropria, apenas divulga publicamente o interesse da Administração em fazê-lo, razão pela qual EURICO SODRÉ³²⁸ menciona que “é censurável a redação de certos decretos declaratórios que dispõem: ‘Fica desapropriado pela União ou pelo Estado, ou pelo Município, ou pela entidade tal, o terreno tal, situado em tal lugar’”.

A indicação a ser dada ao bem expropriado e sua fundamentação estão essencialmente interligadas. São fundamentais para o controle jurisdicional do ato administrativo e um eventual pedido de nulidade ou de retrocessão.

Por fim, quanto à indicação dos recursos orçamentários pelos quais correrão a despesa pública, a comum prática administrativa de mencionar “as despesas decorrentes da execução deste decreto correrão por conta das dotações próprias consignadas no orçamento de cada exercício” não preenche o referido requisito. HELY LOPES MEIRELLES ensinava que, “*in verbis*”:

“o Decreto indigitado não aponta os recursos hábeis para a indenização, dizendo-se a correr por conta de ‘inversões financeiras, a serem consignadas no orçamento’, que concretamente, nada significa.

“Vê-se, portanto, que o Município não tem qualquer possibilidade de cumprir os preceitos constitucionais (cf. Arts. 5.º, XXIV (genérico) e 182, §3.º (específico da atual Constituição da República) que determinam que as desapropriações de imóveis sejam feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

“Assim, pois, sem dotação específica ou crédito concedido por lei não há falar-se em ‘por conta da dotação’. Essa genérica alusão no Dec. 02/89, é inócua e portadora de uma falsa indicação quanto aos recursos financeiros para a indenização, e até mesmo para o

³²⁸ *Apud* JOSÉ CARLOS DE MORAES SALES. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 107.

depósito inicial da expropriação, o que invalida o ato municipal que a contém”³²⁹.

É justamente o fenômeno da efetivação da declaração de necessidade pública, utilidade pública ou mesmo de interesse social, sem os recursos financeiros necessários à expropriação do bem, o responsável pelo descontrole financeiro público, a ser tratado posteriormente.

Ademais, da simples declaração de utilidade pública já decorrem inúmeros efeitos, como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, entre os quais se pode citar: i) a submissão do bem à força expropriatória do Estado; ii) a fixação do estado do bem; iii) a concessão ao Poder Público do direito de penetrar no bem a fim de fazer verificações; iv) a iniciação do prazo de caducidade da declaração³³⁰.

Muito embora o proprietário possa alienar seu bem mesmo este tendo sido declarado como de utilidade pública³³¹, inegável a existência de inúmeros prejuízos e restrições em seu direito constitucionalmente assegurado. Este período compreendido entre a declaração expropriatória até a efetivação da desapropriação, ou seja, a transferência da propriedade propriamente dita, é denominado por MIGUEL SEABRA FAGUNDES de “período suspeito”, pois “surge uma fase intermediária entre a livre propriedade anterior do indivíduo e a propriedade ulterior da Fazenda Pública, na qual o indivíduo ainda é dono, mas não dispõe integralmente da coisa e o patrimônio público, sem ser ainda titular do direito de propriedade, está na certeza de incorporá-lo no seu ativo, dentro de certo lapso de tempo e atendimento de certas formalidades. Nem o dono detém o direito de propriedade em sua toda plenitude (uso, gozo e disposição, segundo art. 524 do CC), nem a Administração pode utilizá-lo e dele dispor. O indivíduo sofre restrição na livre disposição do bem em virtude da declaração de utilidade e a Fazenda Pública não pode usá-lo na dependência da fixação e pagamento do preço”³³².

Em sentido contrário, HELY LOPES MEIRELLES sustentava que “só se inicia a desapropriação com o acordo administrativo ou com a citação para ação judicial,

³²⁹ *Estudos e pareceres de direito público*. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.286.

³³⁰ *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 772.

³³¹ O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que a declaração para fins de desapropriação não impede a alienação do bem expropriado (RT 304/92).

³³² JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.105.

acompanhada da oferta do preço provisoriamente estimado para o depósito. Até então a declaração expropriatória não tem qualquer efeito sobre o direito de propriedade do expropriado, nem pode impedir a normal utilização do bem ou sua disponibilidade”³³³.

Este entendimento não estaria equivocado caso as eventuais construções ou alterações no imóvel declarado de utilidade pública fossem indenizadas ao final do processo expropriatório. Em verdade, apenas as benfeitorias necessárias e as úteis, quando forem autorizadas pela Administração, serão indenizadas. Sobre este mesmo tema, o referido autor chega a reconhecer a contradição da Súmula 23 do Supremo Tribunal Superior, como se pode ver: “Lícito é ao particular explorar o bem ou nele construir mesmo após a declaração expropriatória, enquanto o expropriante não realizar concretamente a desapropriação, sendo ilegal a denegação de alvará de construção: o impedimento do pleno uso do bem diante da simples declaração de utilidade pública importa restrição inconstitucional ao direito de propriedade, assim como o apossamento sem indenização equivale a confisco. Daí por que consideramos a Súmula 23 do STF contraditória e inaplicável na sua parte final, porque, se a simples declaração expropriatória não tolhe o direito de construir, não se pode deixar de indenizar a construção levantada no exercício normal desse direito”.

São também esclarecedores os ensinamentos de ORLANDO GOMES, segundo o qual “embora o decreto não acarrete restrições jurídicas ao exercício do direito de propriedade um de seus aspectos mais importantes, o *jus abutendi*, implica limitações de fato, visto que praticamente impossibilita, ou ao menos dificulta, extremamente o uso do poder de disposição do bem”³³⁴.

Nestes termos, verifica-se que o proprietário ainda é dono, mas não dispõe integralmente da coisa, existindo uma restrição de fato ao seu direito de propriedade. Na medida em que a utilização regular de seu direito possa lhe causar prejuízos (a ausência de indenização), não se pode então afirmar que a declaração de utilidade pública não tem efeito sobre o direito de propriedade, nem pode impedir o uso normal do bem.

³³³ *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 526.

³³⁴ *Apud* JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.109.

A segunda e derradeira fase, em que se dá efetivamente a desapropriação, poderá ocorrer por via administrativa ou judicial. Nos termos do artigo 3.º do Decreto-Lei 3365/41, além das pessoas políticas competentes para editar o decreto expropriatório, poderão promover a desapropriação os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público, desde que possuam autorização expressa para tal.

Havendo acordo sobre o valor da indenização entre a Administração e o proprietário do bem declarado de utilidade pública, a desapropriação se processa administrativamente com a transferência da propriedade por escritura pública junto ao Cartório de Registro de Imóveis. Evidentemente que a transferência mediante escritura se dará apenas quando o bem declarado de utilidade pública for imóvel. No caso de bem móvel, a transferência será efetuada normalmente, pela simples tradição, quando for o caso, como se compra e venda fosse.

Inexistindo acordo ou mesmo diante do desconhecimento e da não localização do proprietário, passa-se à via jurisdicional. A Administração, na petição inicial, além do atendimento aos requisitos previstos no Código de Processo Civil, deverá indicar, desde logo, o preço ofertado, instruindo a peça com um exemplar do contrato ou do jornal oficial em que foi realizada a publicação do decreto expropriatório, ou ainda cópia autenticada dos mesmos e a planta ou a descrição dos bens e suas confrontações.

Citado o réu, pelos meios admitidos em direito, o juiz deverá, em caso de concordância com o valor ofertado, homologar por sentença o acordo. Caso contrário, recebida a contestação, os autos serão encaminhados ao perito para emitir laudo técnico sobre a questão controvertida, no caso, o valor da indenização. De fato, como se observará no tópico seguinte, nos termos do artigo 20 do referido Decreto-Lei, a contestação somente poderá versar sobre vícios no processo judicial e o preço estipulado pela Administração.

Após a manifestação do perito, a oitiva das partes, o juiz proferirá a sentença que, após efetivado o pagamento da indenização, será título hábil para a transcrição no Registro de Imóveis³³⁵.

³³⁵ Art. 29 do referido Decreto-Lei.

12.2. Análise de determinados artigos à luz da Constituição Federal.

Neste momento, serão analisados alguns artigos que certamente foram influenciados pelo contexto político e histórico brasileiro anteriormente narrado. Tais dispositivos, segundo nosso entendimento, não foram recepcionados pela Constituição Federal.

12.2.1 Artigo 2º, §2.º.

O §2.º do artigo 2º do Decreto-Lei 3365/41 dispõe que os bens dos Municípios e Estados poderão ser desapropriados pela União, sem qualquer tipo de reciprocidade, e, por sua vez, os Estados também poderão desapropriar os bens dos Municípios.

Nesta disposição, evidencia-se, claramente, uma relação hierárquica entre os entes da federação que não se harmoniza com o princípio federativo estabelecido no artigo 19, III, da Constituição Federal. Este Decreto-Lei, editado em um período ditatorial³³⁶, cria uma situação de hierarquia entre os entes políticos, inexistente na Carta Política atual.

Para MARÇAL JUSTEM FILHO, essa “diferenciação não é compatível com a Constituição de 1988, que determina que a federação importa igualdade entre todos os entes federativos (art.19, III). Isso não significa a impossibilidade de entes federativos desapropriarem bens públicos alheios, mas tal possibilidade deverá ser reconhecida em igualdade de condições para todos os membros da Federação. Trata-se de hipótese excepcional, que exigirá a edição de leis autorizadoras de todos os entes envolvidos. Não é compatível com a Constituição afirmar que a União é *superior* ao Estado-membro e ao Município, do que se extrairia o cabimento de expropriar os bens deles.

³³⁶ Ao tratar desta norma, juntamente com o art. 32 do Código de Águas, LETÍCIA QUEIROZ DE ANDRADE, esclarece que “além de se referirem expressamente à possibilidade de exercício do poder expropriatório entre as entidades federativas e de estabelecerem um critério para a desapropriação de bens públicos, baseado em uma escala expropriatória descendente entre a União, os Estados (e Distrito Federal) e os Municípios, os referidos dispositivos legais possuem ainda em comum o fato de terem sido editados em épocas ditatoriais (...), nas quais, não só o Parlamento havia sido dissolvido, como também os Estados eram governados por interventores federais” (*Desapropriação de bens públicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15).

Cada ente federativo tem sua autonomia consagrada, e lhe é assegurado valer-se de seu patrimônio para cumprir os seus fins”³³⁷.

Nestes termos, cremos que o referido dispositivo normativo não foi recepcionado pela Constituição Federal por afrontar um de seus princípios reitores da organização do governo federativo.

12.2.2. Artigo 9.º.

O artigo 9.º do Decreto-Lei 3365/41 estabelece a vedação ao Poder Judiciário para analisar, no curso do processo de desapropriação, a existência ou não dos casos de utilidade pública.

É inegável que o termo “utilidade pública” é um conceito jurídico indeterminado, restando ao administrador uma certa margem de liberdade na apreciação de suas decisões³³⁸, o que as torna, portanto, discricionárias. Isto não significa dizer, no entanto, que o Poder Judiciário não pode avaliar as situações graves e absurdas.

Segundo a doutrina francesa, é da essência do poder discricionário cometer erros. A Administração Pública pode cometer erros, pode se enganar. Porém, há certos limites. O Conselho de Estado Francês introduziu a teoria do erro manifesto na apreciação dos atos administrativos, segundo a qual a Administração tem o direito de errar, mas não de cometer erro manifesto, ou seja, o erro que se caracteriza pela sua evidência e gravidade. Para os autores GUY BRAIBANT e BERNARD STIRN, “o erro manifesto está

³³⁷ *Curso de direito administrativo*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 435. Na Argentina, há uma reciprocidade neste aspecto, como nos esclarece JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA, a saber: “No hay impedimento legal para que la Nación expropie un bien que pertenezca al dominio público provincial o municipal, ni tampoco para que una de ellas expropie un bien perteneciente a cualquiera de las otras, siempre y cuando no haya ninguna objeción acerca de la declaración de ‘utilidad pública’, pues es la base sobre la que se debe sustentar esta institución. Así lo establece expresamente el art. 3.º de la ley 21.499 al decir: ‘La acción expropiatoria podrá promoverse contra cualquier clase de personas, de carácter público o privado’” (*Lecciones de Derecho Administrativo*. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 429).

³³⁸ Para EROS ROBERTO GRAU, “a aplicação dos conceitos indeterminados só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, optar entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do Direito” (*Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 55).

para o domínio da lógica assim como o desvio de poder está para o domínio da moral”³³⁹.

Assim, muito embora haja esta margem de apreciação administrativa, poderá o magistrado nos casos extremos e graves, ingressar no mérito desta decisão administrativa com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, derivados do devido processo legal substantivo implicitamente previsto em nosso ordenamento jurídico pátrio.

12.2.3. Artigo 20.

O artigo 20, por sua vez, estabelece que na contestação o expropriado apenas poderá fazer referência a vício do processo judicial (não o administrativo) e impugnação ao valor da indenização.

O referido Decreto-Lei, claramente, pretende conceder um privilégio ao Administrador que desapropria determinada propriedade, pois realiza todos os esforços para que inexistam ou pelo menos haja uma grande dificuldade no controle dos atos administrativos, atos estes que muitas vezes são evitados de vícios, entre os quais podemos citar, o desvio de finalidade. É praxe dos sistemas políticos autoritários a criação de mecanismos e obstáculos ao controle de seus atos.

Em consonância com esse entendimento, ANDRÉ LUIS VINHAS DA CRUZ assevera que “o posicionamento adotado pelos doutrinadores (...) decorrente da interpretação literal dos arts. 9.º e 20 do Decreto-Lei 3365/41, retira a prerrogativa do Poder Judiciário de exercer, na ação de desapropriação, o controle de legalidade do ato administrativo inválido. (...) Leve-se, ainda, em consideração que o referido dispositivo acompanha o Decreto-Lei 3365, desde sua redação original, quer dizer desde 1941. Atualmente vivemos sob a égide da Constituição promulgada em 1998, que inovou ao submeter expressamente a Administração direta e indireta à observância dos princípios administrativos (art. 37, *caput*). Em virtude dessa vinculação aos princípios expressos constitucionalmente, impõe-se a realização de um maior controle principiológico da

³³⁹ *Le droit administratif français*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2002, p. 282.

atuação administrativa. Com efeito, havendo indubitado desvio de finalidade, demonstrável objetivamente pelo expropriado, a interpretação literal do art. 20 do Decreto-Lei mencionado parece colidir com a sistemática constitucional vigente (...). Negar a possibilidade da apreciação do desvio de poder na ação expropriatória é negar a evolução do Direito Administrativo, que não mais se contenta com a satisfação formal do interesse público”³⁴⁰.

Apenas a título de comparação, a Lei Complementar 76/93, que trata do procedimento da desapropriação para fins de reforma agrária, em seu artigo 9.º, *caput*, não estabelece vedação alguma quanto ao conteúdo da contestação dos expropriados, como ocorre no Decreto-Lei referido. Há, no entanto, apenas uma ressalva quanto ao mérito da apreciação do “interesse social”, o qual não poderá vir a ser questionado judicialmente.

Some-se a isso o fato da Constituição Federal de 1988 assegurar, como garantia constitucional, o direito à ampla defesa, em seu artigo 5.º, inc. LV. Evidentemente que se estará violando este princípio caso o magistrado não analise, com base no artigo 20 do Decreto-Lei em comento, questões levantadas pelo expropriado pertinentes ao caso concreto.

Assim sendo, segundo nosso entender, a referida norma não foi recepcionada pela Constituição Federal, na medida em que a contraria.

12.2.4. Artigo 35.

A Constituição Federal assegura o direito de propriedade em seu artigo 5.º, inc. XXII, elevando-o à categoria de princípio constitucional.

A inviolabilidade do direito de propriedade, portanto, é a regra e apenas nas situações previamente estabelecidas pela Lei Maior poderá o titular ser privado deste direito.

³⁴⁰ ANDRÉ LUIS VINHAS DA CRUZ. *O Estatuto da Cidade e a questão do pagamento da indenização pela desapropriação sancionatória em títulos da dívida pública*. Belo Horizonte, Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, v. 3, n. 18, p. 2069.

Assim, apenas mediante a ocorrência de um ato ou procedimento lícito poderá o proprietário vir a ser despojado de seu direito constitucional. No entanto, de maneira contrária a esta lógica, o artigo 35 do Decreto-Lei 3365/41 dispõe que “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”.

A referida norma acaba por privilegiar a Administração que realiza procedimentos contrários ao ordenamento jurídico em detrimento do direito constitucional já consagrado, na medida em que concede validade a um ato ou procedimento mesmo diante de sua ilegalidade.

Nestes termos, o artigo em questão determina que, frente a uma ilicitude no procedimento expropriatório, o magistrado, em desrespeito ao princípio da legalidade e do direito de propriedade, reconheça como válido seu “fruto”, não recompondo o *status quo ante*.

Sobre este tema, RUBEM R. NOGUEIRA esclarece que:

“De pouco ou nada vale permitir a revisão da legitimidade da desapropriação por interesse público mediante ação direta (fora do processo expropriatório), se não fica assegurada a preservação final do bem atingido pelo ato nulo. A lei só permite, na fase judicial da expropriação, a impugnação do preço oferecido ou a denúncia de vício do processo respectivo, e ainda veda a reivindicação do bem incorporado à Fazenda Pública, mesmo em havendo nulidade processual. Por onde se vê que, não admitindo a discussão dos pressupostos constitucionais da desapropriação, o legislador comum despoja o direito de propriedade de sua garantia constitucional, o que deve abrir a instância judicial do

controle de constitucionalidade dos atos legislativos”
(grifamos) ³⁴¹.

Da mesma forma, ODETE MEDAUAR, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, manifestou-se pela inconstitucionalidade do art. 35 da Lei de Desapropriações:

“Se a constituição excepciona, do direito de propriedade, a desapropriação por necessidade e utilidade pública ou interesse social, seria eivada de inconstitucionalidade a regra que mantivesse, como fato perene e consumado, a retirada do bem, sem a justificação e a finalidade exigidas na lei maior”³⁴².

Neste sentido, por contrariar o princípio da legalidade, bem como o do direito de propriedade, vedando a reivindicação do bem incorporado à Fazenda Pública, mesmo quando decorrente de um procedimento nulo, o artigo 35 está em descompasso com a Constituição Federal, razão pela qual devemos entender que este não foi por ela recepcionado.

³⁴¹ *Controle judicial das desapropriações por interesse público*. RDP 8/30.

³⁴² *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 243.

13. DESAPROPRIAÇÃO SANÇÃO.

A desapropriação sanção ocorre na hipótese de não atendimento da função social da propriedade. O expropriado, ao invés do expropriante, é que provoca a desapropriação, pois seu ato ou omissão faz com que a propriedade desatenda à função social.

Como a propriedade não atende à função social, ao seu proprietário não será assegurado o direito à justa indenização prévia e em dinheiro, nos casos de desapropriação, e, em uma situação em especial, como será visto, o expropriado sequer fará jus a qualquer indenização.

Somente os proprietários cuja propriedade atenda à sua função social é que terão assegurada a garantia da indenização estabelecida no artigo 5.º, inc. XXIV da Constituição Federal. No caso de não atendimento a esta função, a forma da indenização, e não o seu *quantum*, poderá ser estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico infraconstitucional.

Parte da doutrina sustenta que quando não há respeito à função social, não mais se pode falar em propriedade, e, portanto, a indenização realizada ao “proprietário” consubstancia pagamento indevido³⁴³.

Como foi mencionado no tópico oportuno, o não atendimento à função social, segundo nosso ponto de vista, não acarreta a desnaturação da propriedade. Ocorre, todavia, que esta deixa de ser protegida pela Constituição Federal, nos termos do artigo 5.º, inc. XXII. Sobre esta questão, CRISTIANE DERANI esclarece que “a propriedade é um poder individualizado legalmente protegido que se exerce sobre um objeto (...) a

³⁴³ Neste sentido, EROS ROBERTO GRAU (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 361). Para CRISTIANE DERANI, “não há direito de propriedade se o conteúdo da propriedade não corresponde ao que o direito protege” (*A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da sua função social*. RTDP 34/55).

proteção deste poder obedece a uma restrição qualitativa, e somente o poder que se exerce gerando vantagem social recebe a proteção jurídica”³⁴⁴.

De fato, há uma alteração da categoria desta propriedade que, em casos de atos ablatórios, não mais se submeterá às regras da desapropriação ordinária, em que há uma prévia e justa indenização em dinheiro, mas sim da desapropriação sanção.

Como tratado em tópico oportuno, a desapropriação pode ser entendida também como uma garantia, na medida em que há um procedimento a ser seguido pela Administração, e a obrigatoriedade, nos casos da propriedade que cumpre a função social, do expropriado receber a prévia e justa indenização em dinheiro.

Assim sendo, quando a propriedade não cumpre sua função social, a indenização deixa de submeter-se às regras da desapropriação estabelecidas no artigo 5.º, inciso XXIV, da Constituição e passa a sujeitar-se às disposições dos artigos 182, 184 ou 243, conforme o caso.

13.1. Desapropriação sanção urbanística.

Caberá ao Poder Público Municipal, nos termos do artigo 182, § 4.º, III da Constituição Federal, realizar a desapropriação sanção dos imóveis urbanos que não sejam edificadas e dos subutilizados ou não utilizados.

No entanto, para que isso ocorra deverá existir legislação federal tratando da matéria, bem como municipal que estabeleça o plano diretor da referida área. Esta legislação municipal também deverá dispor sobre as penalidades a serem aplicadas previamente à desapropriação sanção e de forma sucessiva: i) parcelamento ou edificação compulsórios; e ii) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo. É justamente o não cumprimento das disposições do plano diretor que enseja a desapropriação sanção, por decorrência do não atendimento à função social³⁴⁵.

³⁴⁴ *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da sua função social*. RTDP 34/55.

³⁴⁵ Sobre este tema, CLOVIS BEZNOS esclarece que: “Assim, para chegar-se à desapropriação, necessária é a prévia edição de lei municipal que, considerando área incluída no plano diretor, determine, conforme a

O § 2.º do artigo 182 da Constituição Federal estabelece que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenamento da cidade expressas no plano diretor”.

Somente após a aplicação sucessiva e prévia destas sanções é que o município deverá realizar a desapropriação que terá como contraprestação o pagamento com 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.

A legislação federal (Lei 10257/2001) que regulamenta este dispositivo constitucional foi publicada em 10 de julho de 2001 e passou a ser conhecida como “Estatuto da Cidade”. Por incluirmos, em tópicos próprios, as legislações que, após a Constituição Federal, afetaram diretamente o regime jurídico das desapropriações, entre as quais mencionamos o referido estatuto, este tema será tratado adiante de forma mais detida.

13.2. Desapropriação sanção destinada à reforma agrária.

A desapropriação por interesse social destinada à reforma agrária, disciplinada no artigo 184 da Constituição Federal, é de competência privativa da União. Apenas os imóveis rurais que descumprirem suas respectivas funções sociais é que poderão ser desapropriados 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.

Não poderão ser objeto de desapropriação por interesse social destinada à reforma agrária, nos termos do artigo 185 da Constituição Federal, a pequena e média propriedade rural, desde que o proprietário não possua outra, e a propriedade seja produtiva.

hipótese, o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano, desde que não edificado ou subutilizado, considerando-se como tal o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente, fixando condições e prazos para implementação dessa obrigação” (*Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 120).

A inexistência da justa e prévia indenização em dinheiro justifica se exatamente pelo não cumprimento da função social do imóvel. O artigo 186 da Constituição Federal estabelece que a “função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Apenas e tão somente as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas mediante prévia e justa indenização em dinheiro, nos termos do § 1.º do artigo 184 da Constituição Federal.

13.2.1. Procedimento.

A desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária seguirá o procedimento contraditório previsto na Lei Complementar 76, de 6.7.93, com as alterações previstas na Lei Complementar 88, de 23.12.96.

De acordo com o art. 5º, a exordial deve conter, além dos requisitos regulares constantes da legislação processual, a oferta do preço da desapropriação e os seguintes documentos: i) texto do decreto declaratório de interesse social para fins de reforma agrária, publicado no Diário Oficial da União, ii) certidão atualizada do Registro de Imóveis, da qual conste o domínio e eventuais ônus reais que recaiam sobre o imóvel, iii) documento cadastral do imóvel; iv) laudo de vistoria; v) comprovante de lançamento dos Títulos da Dívida Agrária correspondente ao valor ofertado para pagamento de terra nua; iv) comprovante de depósito correspondente ao valor ofertado para pagamento das benfeitorias úteis e necessárias.

Ao despachar a petição inicial, o magistrado, no prazo máximo de 48 horas, determinará a citação do expropriando, além de uma série de outras determinações que

envolvem até mesmo a imissão do autor na posse do bem³⁴⁶, se foi efetuado o depósito do valor correspondente ao preço oferecido.

Uma vez citado, o proprietário deverá apresentar contestação no prazo de quinze dias, a qual, contudo, terá um conteúdo especial. De fato, é de se observar que no procedimento regular de desapropriação somente se admite a discussão sobre o valor da indenização, ou então, de vícios processuais, sendo necessária a propositura da ação prevista no art. 20 do Decreto-Lei 3365/41 para o questionamento de quaisquer outras matérias. Todavia, no caso da desapropriação para a reforma agrária, a contestação poderá ser mais ampla, dela se excluindo somente a apreciação do interesse social que fundamenta a expropriação, conforme se infere do art. 9º da Lei Complementar 76/93. Além disso, o art. 4º da mesma Lei autoriza que o proprietário-réu requeira a desapropriação de todo o bem, ao invés da parcial pretendida pelo expropriante, nos seguintes casos: i) com a desapropriação parcial do terreno, restou superfície inferior à da pequena propriedade rural; ou ii) a desapropriação gera prejuízo substancial à exploração econômica do bem. O mencionado dispositivo legal prevê o chamado *direito de extensão*, isto é, o direito de demandar, na desapropriação, a inclusão da parte do imóvel que, restando isolada, ficou sem aproveitamento.

Após a conclusão da prova pericial, será realizada audiência de instrução e julgamento em prazo não superior a quinze dias, oportunidade na qual poderá a sentença já ser proferida, ou, então, no lapso temporal de trinta dias a contar desta. Conforme o art. 13 da Lei Complementar, a sentença que fixa o preço da indenização poderá ser desafiada por apelação recebida somente com efeito devolutivo, quando interposta pelo expropriado e, com ambos os efeitos, quando interposta pelo expropriante. Se o valor da condenação for estabelecido em mais de cinquenta por cento do valor oferecido, a sentença sujeitar-se-á ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Finalmente, cumpre salientar que, nos termos do art. 19, “as despesas judiciais e os honorários do advogado e do perito constituem encargos do sucumbente,

³⁴⁶ JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES insurge-se contra tal regra, sustentando que a imissão na posse da maneira como consta do referido artigo fere o preceito constitucional do prévio pagamento da justa indenização já que a “exibição do comprovante de lançamento de títulos” (art. 5º, inc. V, da lei em comento) não significa que houve o pagamento prévio do valor da terra nua (*A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 913).

assim entendido o expropriado, se o valor da indenização for igual ou inferior ao preço oferecido, ou o expropriante, na hipótese de valor superior ao preço oferecido”.

13.3. Desapropriação sanção em razão de ilícito criminal.

Nas duas hipóteses anteriores, verificamos o não atendimento da função social em relação à política urbana e rural do imóvel desapropriado. A terceira hipótese constitucional de desapropriação sanção, disciplinada no artigo 243, é referente aos imóveis em que são mantidas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Esta desapropriação será feita sem a ocorrência de indenização.

A referida desapropriação é regulamentada pela Lei 8257, de 26 de novembro de 1991, a qual, em seu art. 1.º, repetindo o artigo 243 da Constituição Federal, estabelece que “as glebas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

A referida norma estabelece um procedimento sumário, justamente para atender a exigência “imediata” da Constituição Federal. Assim que recebida a inicial, o Juiz determinará a citação do expropriado, que contestará a ação em 10 (dez) dias e nomeará o perito, que terá 8 (oito) dias para apresentar o laudo. Em seguida será designada audiência de instrução e julgamento e, após 5 (cinco) dias desta, o magistrado deverá prolatar a sentença.

Primeira questão que deve ser ressaltada é que inexistente decreto expropriatório, como tradicionalmente ocorre nas desapropriações. Da mesma forma, muito embora a legislação não seja clara, cremos que o perito a ser designado não irá avaliar o bem, e sim, identificar se havia o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas³⁴⁷, sendo este também o objetivo da audiência de instrução e julgamento. Assim, ao contrário das outras

³⁴⁷ Nos termos da referida legislação (art. 2º), plantas psicotrópicas são aquelas que permitem a obtenção de substância entorpecente proscrita, plantas estas elencadas no rol emitido pelo órgão sanitário competente do Ministério da Saúde.

modalidades de desapropriação, em que só há a possibilidade de discutir temas relacionados com a indenização e não, com relação ao mérito do ato ablatório, na presente, o magistrado deverá formar a convicção acerca do cultivo ilegal.

A legitimidade para propor a referida demanda é da União, não competindo ao Ministério Público ou ao cidadão pleitear a desapropriação. Outra questão de fundamental importância prática é que a propriedade será inteiramente desapropriada, independentemente de ser o cultivo realizado em apenas uma parte dela. Por fim, não existe a necessidade da responsabilidade subjetiva do proprietário da expropriação das glebas onde forem localizadas as culturas ilegais³⁴⁸.

13.3.1. Desapropriação por ilícito criminal e confisco.

A doutrina majoritária entende que, no caso em questão, não se trata de hipótese de desapropriação, mas sim de verdadeiro confisco. Esta posição doutrinária é justificada exclusivamente pela não ocorrência da indenização, que seria elemento intrínseco ou fundamental da desapropriação³⁴⁹. No entanto, não entendemos assim.

A doutrina alemã distingue, segundo FERNANDO ALVES CORREIA, o “confisco de direito comum” (*Eiziehung*), do “confisco político” (*Konfiscation*). O primeiro refere-se à apreensão de um bem por decorrência de uma violação à lei penal. O segundo, por sua vez, caracteriza-se “pela privação do direito de propriedade por motivos políticos e sem indenização”, sendo comum em regimes autoritários³⁵⁰.

Evidentemente que o debate existente ocorre entre a desapropriação por ilícito criminal e o “confisco do direito comum”, e não com relação ao “confisco político”. Primeiramente, importante deixar claro que para ocorrência do mencionado confisco

³⁴⁸ Neste sentido, são as razões do veto do *caput* do art. 4.º, da mencionada lei.

³⁴⁹ Neste sentido, ALEXANDRE DE MORAES (*Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2135), JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES (*A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87) e DIÓGENES GASPARINI (*Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 622).

³⁵⁰ *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p. 59.

seja necessária uma sentença criminal. Exigência esta não presente na mencionada modalidade de desapropriação³⁵¹.

Corrobora com a nossa tese, como já salientado, a ausência de obrigatoriedade de responsabilidade subjetiva do proprietário para a ocorrência da aquisição sem indenização, e, ainda o fato de que, ao contrário do confisco, os bens desapropriados terem uma destinação de *interesse público* pré-determinado, no caso, assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. Com efeito, no confisco, inicialmente, os bens serão incorporados ao patrimônio da União, podendo, somente após, se não forem leiloados, ser destinados a algum fim público.

³⁵¹ Neste sentido, são as razões de veto ao art. 5.º e parágrafos da mencionada legislação.

14. PANORAMA DA DESAPROPRIAÇÃO NO BRASIL.

Após a exposição desta parte conceitual, julgamos necessária uma breve análise crítica do panorama atual da desapropriação, ou seja, o reflexo do regime jurídico das desapropriações na realidade da Administração, assim como na vida dos particulares.

Como visto, a principal legislação brasileira sobre o tema da desapropriação, criada em um período marcado pelo autoritarismo, está, sob muitos aspectos, desconexa com o ordenamento jurídico nacional.

ROBERTO DROMI esclarece que, conforme a orientação do sistema político será a instrumentalização jurídica. Se o Estado é Democrático, um será o Direito; se, por sua vez, for autoritário, outras serão as normas jurídicas regulamentadoras da realidade social. Os conteúdos variam para o direito segundo o sistema político a que servem; daí que cada sistema político tem uma metodologia jurídica a seu serviço³⁵².

Assim, fica evidente a necessidade de superação do Decreto-Lei 3365/41, uma vez que, apesar das inúmeras modificações pontuais realizadas em seu texto normativo, as características de um modelo de regramento típico autoritário ainda persistem.

A aplicação, de forma continuada, desta norma, calcada na arbitrariedade e irresponsabilidade administrativa, gerou inúmeros reflexos na jurisprudência e na doutrina pátrias, que serão a seguir mencionados.

14.1. Ausência de planejamento administrativo na realização das desapropriações.

A referida norma não faz qualquer referência a nenhum procedimento administrativo prévio a ser realizado no processo expropriatório, ressaltando ainda mais o seu caráter autoritário, que propiciou inúmeros atos irresponsáveis na gestão da máquina pública brasileira.

³⁵² *Nueno estado nuevo derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p.13.

Apenas a título de ilustração, o Código das Expropriações de Portugal exige que antes mesmo da declaração de utilidade pública sejam realizados inúmeros atos administrativos, como forma de preparação de direcionamento da atividade estatal³⁵³. O mesmo ocorre no ordenamento jurídico francês, que demanda a elaboração de um projeto técnico de uma enquête pública, facultando aos proprietários envolvidos a formulação de observações já nesta fase preliminar³⁵⁴.

Ademais, quanto aos requisitos do decreto de declaração de necessidade ou utilidade pública, não há qualquer menção no referido decreto-lei, fazendo com que haja profunda diferenciação de tratamento dentro da doutrina e da jurisprudência. Aliás, por ser matéria que o Poder Judiciário não costuma adentrar, acaba por ter pouca importância nas análises doutrinárias. Para a doutrina, as formalidades de um decreto expropriatório são deixadas em segundo plano.

A quase completa ausência de regulamentação normativa desta fase procedimental faz com que permaneça a mais absoluta irresponsabilidade administrativa. São efeitos claros desta postura do administrador as inúmeras desistências ocorridas nos processos expropriatórios pátrios; a freqüente caducidade dos decretos declaratórios, e as transferências de bens para a titularidade do Poder Público sem qualquer destinação.

³⁵³ Art. 12, item 2 do Decreto-Lei 438/91. São requisitos previstos nesta norma, “*in verbis*”: “Planta do local da situação dos bens a expropriar, com a delimitação precisa dos respectivos limites, contendo a escala gráfica utilizável; Plano municipal de ordenamento do território, ou programa base, estudo prévio, anteprojecto ou projecto de obra acompanhado dos elementos necessários para se ajuizar do motivo e oportunidade da expropriação; Quando for o caso, programa de execução faseada e devidamente calendarizada; Certidão, passada pela conservatória do registro predial, das descrições dos prédios e das inscrições em vigor, incluindo as dos direitos, ônus ou encargos que sobre eles se acham registrados ou certidão de que os prédios não se encontram descritos; Certidão da inscrição matricial e do valor patrimonial fiscal dos prédios ou certidão de que os mesmos se encontram omissos; Relação dos proprietários, usufrutuários, arrendatários ou titulares de outros direitos que incidam sobre os bens a expropriar, com indicação dos respectivos domicílios ou sedes sociais; Prova documental das diligências efectuadas, nos termos do artigo 2.º, com vista à aquisição, por via do direito privado, e indicação das razões do respectivo inêxito, a qual será acompanhada pelos relatórios apresentados pelas partes; Cópias da comunicação e do edital referidos nos 01 1 e 2 do artigo 14.º, bem como, se for caso disso, as observações a que se referem os - 5 e 6 do mesmo preceito; Indicação das eventuais pretensões formuladas para construção ou loteamento; Quando o requerente for entidade de direito público, certidão comprovativa do saldo da dotação orçamental que suporta o encargo e da respectiva cativarão; Quando o requerente for entidade de direito privado, documento comprovativo de se encontrar caucionado, por qualquer das formas em direito admitidas, o fundo indispensável para o pagamento das indenizações a que houver lugar; Se for caso disso, parecer sobre a capacidade de uso dos solos que se pretendem utilizar, quando não exista extracto da carta da Reserva Agrícola Nacional; Indicação de todas as zonas de protecção, bem como das servidões e restrições de utilidade pública à construção que abranjam a área a expropriar”.

³⁵⁴ RENÉ HOUSTIOU; JEAN-FRANÇOIS STRUILLLOU. *Expropriation et préemption – aménagement, urbanisme, environnement*. 3. ed. Paris: Litec, 2007, p. 47.

14.1.1. A desistência.

Infelizmente, é corriqueiras, na praxe administrativa brasileira, a imissão na posse de imóveis a serem desapropriados pela Administração Pública, seguida da posterior desistência da desapropriação.

A jurisprudência e a doutrina³⁵⁵ são pacíficas no sentido de que pode a Administração Pública, unilateralmente, desistir da desapropriação³⁵⁶ e de forma discricionária³⁵⁷.

Não se está aqui a pretender que, uma vez iniciado o processo expropriatório, seja vedado ao Poder Público desistir e vir a ser obrigado a dar continuidade ao processo mesmo diante da ausência de interesse em afetar determinado bem.

No entanto, é inegável a elevada margem de liberdade que é concedida à Administração Pública nesta matéria. Decorrencia, evidente, de um regulamento, como já mencionado, criado em um quadro político autoritário.

Em verdade, um ordenamento que exigisse do Poder Público uma série de procedimentos preparatórios para somente depois permitir o início do processo expropriatório, já seria de grande valia para evitar tal situação.

A Lei de Responsabilidade Fiscal constitui-se em avanço significativo, ao fortalecer a corrente doutrinária que sustenta a necessidade de dotação prévia para a realização do decreto expropriatório. HELY LOPES MEIRELLES, sobre este tema já

³⁵⁵ Vejamos o parecer de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR: “Realmente, como poderia o particular ditar normas de agir ao chefe do Poder Executivo, impugnando-lhe a edição do ato discricionário, se o prefeito está informado pelo princípio ‘o interesse público prevalece sobre o interesse privado’? Afinal, quem governa? O prefeito ou o munícipe? ‘Salus rei publicae suprema lex est’. Se a desistência é juízo axiológico ou de valor, de natureza discricionária que exprime a colocação do ‘administrador’ ao gerir os negócios do governo, concluindo que certa construção é prejudicial ao Estado, porque inoportuna ou inconveniente, como pretender o munícipe substituir-se ao dirigente e modificar-lhe a conduta, impugnando-lhe a vontade?” (*Parecer - Desapropriação – Desistência – ‘Restitutio in integrum’*. RDA 285/163).

³⁵⁶ RDA 110/240; RT 466/147.

³⁵⁷ “A desistência desapropriatória representa a faceta dinâmica da Administração e baseia-se em critérios discricionários para sua ocorrência, pois por razão de interesse público, aquilo que, até então, era conveniente e oportuno para Administração, passou a ser inconveniente e inoportuno” (MASSAMI UYEDA. *A desistência da desapropriação*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação de JOSÉ CRETELLA JUNIOR, 1987, p. 132).

esclarecia, antes mesmo desta lei, que, sem a dotação, o particular poderia vir a ser lesado em seu direito de receber a justa e prévia indenização em dinheiro³⁵⁸.

Mas esse avanço ainda é pequeno. Em nosso entender, a doutrina e a jurisprudência devem passar a exigir uma gestão responsável e planejada do administrador. No campo das licitações públicas, muito embora embrionária, verifica-se uma modificação no comportamento dos operadores do direito.

A doutrina, por exemplo, vem, aos poucos, recusando o tradicional entendimento de que a adjudicação do objeto ao licitante vencedor seja uma decisão discricionária da Administração. Afinal, a verificação da ausência do interesse em contratar somente após realizado todo o procedimento licitatório evidencia claramente a completa ausência de um planejamento administrativo e uma grave irresponsabilidade do administrador. Aliás, contrariamente à norma de regência das desapropriações, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelecem inúmeros procedimentos, de ordem técnica, administrativa e financeira, justamente para evitar, entre outros, este problema, como se observará a diante.

Da mesma forma, os Tribunais de Contas não têm mais aceitado a contratação direta, mediante dispensa de licitação, no caso de emergência, quando este tem sua origem na ausência de planejamento e na desídia administrativa. Sobre este tema, o Conselheiro CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, esclarece que “sabendo dos prazos e formalidades a que deve obedecer uma licitação, além dos freqüentes percalços a que pode sujeitar-se, o administrador diligente deve cuidar de realizá-la com a antecedência necessária a alcançar seus objetivos. Se o não faz, não pode alegar que foi surpreendido com uma ‘situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança’”³⁵⁹.

Muito embora seja pacífico também que, em caso de desistência, a Administração deva se responsabilizar pelos danos causados aos particulares³⁶⁰, cabe justamente a estes últimos a comprovação dos prejuízos. Normalmente, esta indenização resolve-se utilizando os critérios e preços de locação. Em caso de desistência da Administração, a legislação portuguesa estabelece como data inicial, a ser considerada na indenização, a da publicação da declaração de utilidade pública e não a data da imissão na posse³⁶¹.

³⁵⁸ *Estudos e pareceres de direito público*. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 286.

³⁵⁹ TC – 945/010/02, Revista do TCESP nº 105, p. 67.

³⁶⁰ RJTJSP, 81/273, 93/250, 96/273, 99/258.

³⁶¹ Art. 84, item 2, do Decreto-Lei 438/91.

Deveriam ser poucas as situações em que fosse permitida a desistência da desapropriação, especialmente após a imissão provisória na posse. Nesse sentido, não se pode esquecer que a norma de regência permite essa imissão, em situações excepcionais de urgência³⁶².

Assim, mesmo após a alegação de urgência, ocorrem situações em que a Administração se imite na posse, não dá a destinação correta ao bem, e, com o passar dos anos, desiste da desapropriação. Interessante o acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 109881 acerca de uma desistência de desapropriação realizada pelo Poder Público³⁶³. O fato curioso desta lide é justamente o período em que o Poder Público se manteve na posse do bem: seis anos.

A Administração, depois de exatos seis anos na posse do bem que seria expropriado, percebeu que não havia mais interesse em finalizar o processo de desapropriação, ou seja, foi necessário este período de tempo enorme para que fosse tomada esta decisão. No curso do processo, o proprietário ficou sem sua propriedade e sem a indenização, sendo obrigado a ingressar com uma nova ação para requerer o pagamento dos prejuízos a ele causados.

Não se pode deixar de criticar a atuação do Poder Público, nestes casos em específico. Primeiro, ocorre a imissão da posse em razão de uma suposta urgência, e, depois de seis anos, sem concretizar a desapropriação, opta-se pela desistência, forçando o proprietário a buscar, por outra via, seus direitos.

Este fato retrata bem as características do Decreto-Lei 3365/41: autoritário, sendo o interesse privado irrelevante frente à vontade do administrador.

Retornando às situações passíveis de desistência por parte da Administração Pública, em nosso entender seriam apenas duas: superveniência de fato que afete diretamente a finalidade da desapropriação e a necessidade de limitação e empenho e movimentação financeira nos termos do artigo 9.º da Lei de Responsabilidade Pública.

Posicionamento contrário ao aqui esposado só é benéfico ao administrador irresponsável, que atua em descompasso com o planejamento público e com os direitos dos administrados.

³⁶² Art. 15 *caput*, do referido Decreto-Lei nacional.

³⁶³ 1. T., Rel. Min. NÉRI DA SILVA, j. em 11.10.1988.

14.1.2. Caducidades de declarações e bens expropriados sem destinação.

Estas duas ocorrências também são muito frequentes no cotidiado brasileiro. Decorrem também da mesma ausência normativa que restrinja e melhor regule a atividade administrativa, assim como no caso das desistências do processo de desapropriação anteriormente tratado.

Em tópico específico, sustentamos, até como crítica à Súmula 29 do STF, que os decretos expropriatórios, muito embora boa parte da doutrina não reconheça, geram restrições ao exercício de direito da propriedade. É inegável a existência de uma depreciação do imóvel, até porque o proprietário terá inúmeras dificuldades em transferi-lo e não terá interesse em manter seu estado de conservação.

Este fato apenas vem confirmar a nossa argumentação de que o proprietário, já no momento da declaração de utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, sofre prejuízos, se não em matéria de direito, ao menos em questões de fato.

Assim sendo, como a Administração até o momento de ingressar com a demanda judicial não precisa dispor de recursos financeiros, a declaração de utilidade pública é realizada frequentemente sem planejamento e de forma abusiva.

Da mesma forma, há inúmeros imóveis que, após serem desapropriados, acabam por não receber qualquer destinação. Conforme o Código das Expropriações de Portugal, se em dois anos o bem não for destinado ao fim que estipulou a declaração, ocorre a reversão³⁶⁴.

Como esclarecido no momento oportuno, entendemos que o artigo 10 do Decreto-Lei 3365/41 deveria ser utilizado por analogia; no entanto, diante da ausência normativa, o Poder Judiciário não vem adentrando nesta questão. Isto posto, verifica-se, uma vez mais, a necessidade de alteração normativa, impondo ao Administrador maior rigor quanto à observância da finalidade da desapropriação.

14.2. Comprometimento orçamentário.

³⁶⁴ Art. 10 do Decreto-Lei 438/91.

A constante prática de instauração de desapropriação, sem procedimento prévio de planejamento ou sem disponibilidade de recursos³⁶⁵, é, certamente, uma das tantas situações passíveis de gerar difícil quadro financeiro econômico para os entes públicos brasileiros.

Significativa parte dos municípios brasileiros apresenta passivo financeiro e comprometimento orçamentário elevados decorrentes de realização irresponsável de desapropriações, direta ou indiretamente, ocorridas em gestões anteriores, sem os respectivos lastros financeiros. Sobre esta questão, CARLOS A. DUNSHEE DE ABRANCHES, em 1973, publicou no Jornal do Brasil matéria intitulada “Desapropriar e não pagar”, que parece ser ainda atual, como podemos observar em alguns trechos:

“Tanto para comprar, como para desapropriar, o desapropriante precisa ter dinheiro disponível, porque o pagamento é prévio e, se o dono recusa receber, deposita-se o preço da avaliação judicial.

Nenhum administrador pode, portanto, decretar a desapropriação sem ter os recursos correspondentes ao valor real do bem; mas para isso ele carece não só de verba no papel como de dinheiro vivo. O ato do Chefe do Executivo depende assim, de autorização do Legislativo e da existência real do crédito orçamentário ou especial.

Por isso a Constituição foi sábia ao exigir a indenização prévia, limitando o poder de desapropriar às forças do Tesouro. Da mesma forma que o Chefe do Executivo só pode fazer despesas dentro da verba própria, sob pena de crime de responsabilidade, não pode desapropriar além dos recursos orçamentários ou do suplemento aprovado pelo Legislativo.

³⁶⁵ Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “é inválida a desapropriação quando o poder expropriante não evidencia a disponibilidade de recursos públicos para liquidar a indenização e que os benefícios resultantes da desapropriação serão satisfatórios”(Curso de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 433).

Ora, burlando as Constituições federal e estadual, governadores e prefeitos têm decretado desapropriações sem dispor dos recursos prévios. Em alguns casos conseguiram mesmo entrar na posse provisória dos bens mediante depósitos irrisórios.

Alguns magistrados consentiram nessa burla alegando tratar-se de posse provisória e que o desapropriado não teria prejuízo porque afinal receberia o justo preço, mediante avaliação judicial.

Nada mais ilusório. Entrando na posse do bem, o Estado ou Município retardam a ação de desapropriação durante anos, esgotando todos os recursos, até o Supremo Tribunal. Quando por fim é expedida a requisição de pagamento a favor do desapropriado, ainda não recebe ele o seu dinheiro porque não há verba. Entra este na fila dos precatórios, por ordem de antiguidade com os outros credores, porque todos os anos a verba consignada no Orçamento para cumprimento de decisões judiciais é sempre inferior ao total do débito.

Assim, só anos depois – alguns esperam uma década – o desapropriado, privado do uso ou renda do seu bem, recebe efetivamente o preço da avaliação, ainda que com correção monetária. Como se vê, é uma autêntica e injusta desapropriação a prazo, que torna irrisório o direito de propriedade neste país!”³⁶⁶.

Devido a esta prática reiterada, preciosos recursos financeiros que seriam destinados à movimentação da atividade estatal e à prestação de serviços públicos são empregados para o pagamento de precatórios decorrentes destas desapropriações, nos quais se incorporaram os juros legais e os compensatórios.

³⁶⁶ MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO. Desapropriação. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977, p. 7

Não é por acaso que, no meio jurídico, proliferaram teses, face ao princípio constitucional da justa indenização, que sustentam a inconstitucionalidade dos juros compensatórios incidentes sobre débito, mesmo após o trânsito em julgado das decisões condenatórias: a conhecida *flexibilização da coisa julgada*.

Em regra, estas teses jurídicas não vêm obtendo êxito perante o Poder Judiciário, ensejando, em grande parte, o seqüestro de rendas públicas dos municípios envolvidos, por ausência de pagamento de precatórios³⁶⁷.

A consequência imediata destas medidas judiciais é a contenção de recursos públicos, limitação da movimentação financeira e a suspensão de contratos administrativos, prejudicando a já precária prestação de serviços públicos. Em muitos casos, infelizmente, em decorrência da demissão de funcionários³⁶⁸, há a paralisação parcial da atividade estatal.

Toda esta situação decorre da prática, já mencionada, arraigada no modelo de má gestão pública. Instauração de desapropriação sem procedimento prévio de planejamento ou sem disponibilidade de recursos³⁶⁹, são algumas das situações que geraram este terrível quadro financeiro econômico dos entes públicos brasileiros.

14.3. Ausência de análise do mérito de utilidade pública.

O Decreto-Lei 1283, de 1938, proibia que o Poder Judiciário adentrasse no mérito para verificar a ocorrência dos casos de necessidade e utilidade pública. Nesta mesma linha autoritária, buscando restringir o controle jurisdicional, adveio o Decreto-Lei

³⁶⁷ O sequestro de rendas públicas, inicialmente, decorria exclusivamente da quebra de ordem cronológica no pagamento dos precatórios (art. 100 da Constituição Federal), porém após a Emenda Constitucional nº 30/00, que acrescentou o art. 78 no ADCT, foram prevista mais duas situações de sequestro de rendas públicas: a não dotação orçamentária e não pagamento do precatório (não alimentar).

³⁶⁸ Em matéria do jornalista FABRÍCIO CALADO MOREIRA veiculada no jornal Diário do ABC, no dia 05.11.05, relata-se a demissão de 47 (quarenta e sete) funcionários em decorrência de um sequestro de rendas públicas no valor de R\$ 6,6 milhões. Nesta matéria discorre-se, ainda, acerca do fato de que somente neste ano foram ‘confiscados’ R\$ 12,5 milhões por conta do não pagamento de precatórios.

³⁶⁹ Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “é inválida a desapropriação quando o poder expropriante não evidencia a disponibilidade de recursos públicos para liquidar a indenização e que os benefícios resultantes da desapropriação serão satisfatórios”(Curso de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 433).

3365/41 dispondo, em seu artigo 9.º, que “ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”.

Seguindo esta vedação normativa, o Poder Judiciário pátrio tem se abster de analisar o mérito destes decretos mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O Superior Tribunal de Justiça, ao sustentar que ao Judiciário é “defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação”, apenas está reafirmando a impossibilidade de controle jurisdicional no que tange ao mérito da declaração de utilidade.

No entanto, em outras questões discricionárias, sob o fundamento da proporcionalidade e razoabilidade, o Poder Judiciário, assim como os Tribunais de Contas, têm questionado seus méritos, o mesmo devendo ocorrer com decisões sobre a matéria de desapropriação.

O Conselho de Estado Francês, em 1971, adentrou, pela primeira vez, no mérito da declaração de utilidade pública, invalidando-a, no *arrêt* “Ville Nouvelle Est”. Naquela oportunidade, a Corte Administrativa declarou que “Considera-se que uma operação não pode ser legalmente declarada de utilidade pública se os atentados à propriedade privada, o custo financeiro e eventualmente os inconvenientes de ordem social que ela comporta forem excessivos em relação ao interesse que ela apresenta”.

Após esta decisão, advieram outras e com base na jurisprudência administrativa francesa, podem ser identificados três elementos a serem considerados para validade da declaração de utilidade pública, a saber: a existência de atentado à propriedade privada; o custo financeiro em relação às vantagens, e os atentados a outros interesses públicos.

14.3.1. Atentado à propriedade privada.

A autoridade administrativa deverá ponderar as reais vantagens de uma operação em relação aos prejuízos causados ao administrado, proprietário. Em 1979, o Conselho de Estado Francês, no *arrêt* “Consorts Lepelley”, não considerou de utilidade pública um projeto de retificação de uma estrada rural, que iria suprimir boa parte do pátio de

uma residência particular e não apresentaria uma vantagem significativa à comunidade quando comparada aos muitos inconvenientes que geraria ao particular.

No mesmo sentido foi o *arrêt* “Mme Vincent”, de 1981, em que um projeto de uma área de estacionamento em uma cidade rural não foi considerado justificável, diante do atentado à propriedade privada.

14.3.2. O custo financeiro – “balanço entre o custo e vantagens”.

Este elemento evidencia que o custo financeiro é relevante para a noção, ou melhor, para o enquadramento da situação em utilidade pública. Assim sendo, custos financeiros excessivos em comparação com o benefício ou vantagem oriundos da operação estatal implicarão a descaracterização da utilidade pública.

No *arrêt* “Sieur Grassin”, de 1973, o Conselho de Estado Francês anulou o decreto que declarou a utilidade pública de uma área para a criação de um aeroporto excessivamente custoso em uma cidade com 1.500 (mil e quinhentos) habitantes, levando ainda em conta o fato de existir um aeroporto a 5 km (cinco quilômetros) na cidade vizinha.

14.3.3. Atentado a outros interesses públicos.

Por fim, quando há atentado a outros interesses públicos, o Conselho de Estado Francês chega a valorar interesses que, em face de determinada situação concreta, são conflitantes, optando pela mais relevante, segundo seu critério.

No *arrêt* “Société Civile Sainte-Marie de l’Assomption”, de 1972, a Corte Administrativa anulou o decreto que visava a desapropriação de um hospital psiquiátrico para a construção de uma rodovia. Muito embora o referido hospital fosse particular, em face de ser o único a tratar destes doentes na região, optou-se por privilegiar o direito à saúde em detrimento do direito à circulação.

Apesar de discordarmos de um ou outro entendimento do Conselho de Estado Francês, certo é que uma análise do conteúdo da declaração de utilidade pública é essencial. No Brasil, há claramente a possibilidade de, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, identificar se o decreto é adequado à necessidade e ao interesse público almejado.

Neste sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO esclarece que “tal como se passa em todas as hipóteses de sacrifício de direitos individuais, a desapropriação se sujeita ao princípio da proporcionalidade. Isso significa a invalidade da desapropriação em que o Estado não evidenciar que a expropriação é a solução adequada e necessária para o cumprimento de suas funções, sem qual tal importe lesão a direitos e valores protegidos constitucionalmente”³⁷⁰.

No entanto, infelizmente, seja segundo o entendimento da doutrina, seja no da jurisprudência, o juízo valorativo da utilidade pública está imune a qualquer forma de controle jurisdicional³⁷¹.

³⁷⁰ *Curso de direito administrativo*. 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p.434.

³⁷¹ Verifique-se o REsp 97.748-RJ (STJ, 2. T., rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 05.04.05, v.u.), cujo trecho da ementa é: “1.Submete-se ao conhecimento do Poder Judiciário a verificação da validade de utilidade pública da desapropriação e o seu enquadramento nas hipóteses previstas no Decreto-Lei 3365. O que refoge ao controle jurisdicional é o juízo valorativo da utilidade pública” (grifo nosso).

15. INOVAÇÕES NO REGIME JURÍDICO DA DESAPROPRIAÇÃO.

Como demonstrado, a desapropriação, ao longo dos tempos, passou por profundas modificações. Este instituto usualmente era considerado como sinônimo de “obra pública”, tal a correlação entre ambos.

Posteriormente, no entanto, a desapropriação começou a abranger questões sociais, envolvendo matérias como moradia, trabalho, entre outras. A Constituição Federal concedeu novas funções ao objeto do presente trabalho, especialmente sob a batuta do princípio da função social da propriedade, utilizando-a como instrumento para impedir o uso ilícito da propriedade (cultivo de plantas psicotrópicas), bem como o uso do imóvel de maneira especulativa.

Este fato apenas comprova que a desapropriação “constitui assunto de permanente atualidade”³⁷² e em constante mudança. Atualmente, este instituto vem passando por um processo de alargamento significativo do seu conteúdo, motivo pelo qual achamos imprescindível abranger as inovações trazidas pelo Estatuto da Cidade, pelo Código Civil de 2002 e pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A primeira norma em comento, importante marco de ordenamento do solo urbano, como se observará a seguir, utiliza-se do instituto expropriatório em duas situações: a conhecida desapropriação sanção urbanística e a desapropriação por ilícito administrativo, ainda pouco mencionada pela doutrina brasileira.

O Código Civil de 2002, da mesma forma, trouxe uma nova modalidade de desapropriação, denominada de “desapropriação privada”, com fortes aspectos sociais, a qual vem sendo freqüente e erroneamente confundida com a usucapião coletiva do Estatuto da Cidade, o que esclareceremos no momento oportuno. Cumpre salientar que

³⁷² ODETE MEDAUAR. *Da Destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981, p. 9.

esta inovação não vem sendo profundamente analisada pela doutrina administrativista, o que faz com que seja ainda mais importante que ela seja tratada.

Ademais, as inovações não ocorreram apenas no “campo” do conteúdo das desapropriações. Após a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal o procedimento da expropriação deverá ser sensivelmente alterado, especialmente em matéria financeira. Talvez com esta nova prática seja possível, em um futuro em médio prazo, evitar ou pelo menos diminuir o comprometimento orçamentário que afeta a grande parte dos entes políticos nacionais, como ressaltado no tópico pretérito.

Assim, passaremos, neste momento, a analisar estas três legislações especialmente no que se refere ao objeto do presente trabalho.

16. LEI COMPLEMENTAR 101/00 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL).

A Lei Complementar 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, regulamentadora dos artigos 163 e 169 da Constituição Federal, é um dos marcos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio para a consolidação da transparência e do planejamento na gestão pública³⁷³.

Assim, por tratar de maneira detalhada da questão deveras importante que é o planejamento público, esta legislação acaba por modificar de maneira substancial a gestão de recursos públicos³⁷⁴ e, por decorrência, o procedimento da desapropriação, não propriamente alterando o processo jurisdicional do referido instituto, mas sim o procedimento administrativo que possui uma importância fundamental para o perfeito desenrolar das próximas fases.

A fim de garantir uma gestão responsável da coisa pública, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 16, incisos I e II, determina que qualquer ato que acarrete aumento de despesas será acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes, bem como exige declaração do ordenador da despesa de que o aumento

³⁷³ CARLOS PINTO COELHO MOTTA; JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES. *Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101 de 4/5/2000*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 26: “A LRF visa, sobretudo, e falando mais especificamente sobre sua estrutura, estabelecer princípios, vazados em normas e regras – de um regime que chama de *gestão fiscal responsável* – a serem observadas por todas as esferas da Administração, assim entendidos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e nestes compreendidas as respectivas Administrações diretas, autárquicas, fundacionais e empresas públicas.

“Além disso, a LRF traz conteúdo inovador no sentido de estabelecer condutas gerenciais de *responsabilidade* e de *transparência*, consolidando – sem dúvida alguma – normas já existentes.

“Também é o objetivo da LRF o estabelecimento de critérios para atender limites a serem observados para as principais variáveis fiscais, criando mecanismos que ofereçam condições para o atingimento das metas fiscais. Possível, ainda, a correção de *desvios* eventuais experimentados nesse particular.

“Por fim, a LRF estabelece *sanções*, institucionais e pessoais (estas, estipuladas pela Lei 10028, de 20 de outubro de 2000), visando dar consequência às hipóteses normativas que veicula”.

³⁷⁴ FLÁVIO RÉGIS XAVIER DE MOURA E CASTRO. *Lei de responsabilidade fiscal*. In: FLÁVIO RÉGIS XAVIER DE MOURA E CASTRO (Coord.). *Lei de responsabilidade fiscal – abordagens pontuais – doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 18. Também ADELGÍCIO DE BARROS CORREIA SOBRINHO e ALDEM JONHSTON BARBOSA ARAÚJO. *A lei de responsabilidade fiscal em linhas gerais*. Jus Navigante. Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2522>. Consultado em 01.01.2009.

tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Acerca do assunto, importante mencionar os ensinamentos de ADILSON ABREU DALLARI: “atualmente, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar 101/00, cuida especialmente da questão da desapropriação de imóveis urbanos, quando cuida da despesa, nos artigos. 15 e 16. Quer dizer, não se pode iniciar o processo expropriatório sem a existência de recursos necessários ao pagamento, sem que se proceda a um exame de impacto da desapropriação, do recurso necessário para a desapropriação, no orçamento anual, e nos orçamentos futuros; se não houver esses estudos de impacto a desapropriação é nula”³⁷⁵.

O inciso II do § 4.º do art.16³⁷⁶ desta norma trata especificamente das desapropriações de imóveis urbanos, seguindo a disposição que já constava da Constituição, no § 3º do artigo 182. Em razão disso, segundo nosso entendimento, trata-se de um reforço desnecessário da norma constitucional, sendo dispensável. Ademais, a despeito da restrição imposta por ambos os dispositivos legais, entendemos que o atendimento a determinação prevista na norma é condição obrigatória para todas as formas de desapropriação, pois constituem, efetivamente criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarretam aumento da despesa pública³⁷⁷.

De outro lado, apenas quando a despesa for considerada irrelevante é que o referido procedimento não será obrigatório³⁷⁸. Será a lei de diretrizes orçamentárias que estabelecerá os valores considerados irrelevantes. Normalmente, utilizam-se os valores da dispensa de licitação estabelecidos no artigo 24, I e II, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8666/93).

³⁷⁵ *Desapropriação*. BDA 858/08.

³⁷⁶ O referido inciso tem a seguinte redação: “§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para: I – empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras; II – desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição”.

³⁷⁷ Com base na Legislação Portuguesa de 1948, MANUEL BAPTISTA LOPES já esclareceu que a utilidade pública só poderá ser declarada se o expropriante tiver capacidade financeira para o pagamento das indenizações (*Expropriações por utilidade pública*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 57).

³⁷⁸ Art. 16, § 3.º, Lei Complementar 101/00: “Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias”.

16.1. O planejamento administrativo.

A necessidade do planejamento não é nova, vez que sempre existiram normas determinando procedimentos prévios para a realização de determinados atos³⁷⁹. No Brasil, o planejamento administrativo, pelo menos em sua denominação, é oriundo do Plano SALTE, o qual concedeu prioridade a determinados setores da saúde, alimentação, transporte e energia, cujas iniciais deram origem à referida sigla³⁸⁰. Este, o planejamento, somente passou a ser mais aventado após a Lei de Responsabilidade Fiscal, particularmente no que se refere ao planejamento financeiro e não propriamente ao administrativo³⁸¹.

Porém, é inegável que, seja por decorrência do princípio republicano, seja pelo da eficiência, ou por ambos, a Administração Pública deve realizar seus atos de forma planejada. Planejar significa realizar todos os procedimentos necessários e preparatórios para executar determinado ato, de forma a se adequar às situações futuras e não imediatas. Como esclarecem FLÁVIO C. DE TOLEDO JR. e SÉRGIO CIQUEIRA ROSSI, “não planejar, ou fazê-lo mal, significa gastar o dinheiro público em prioridades imediatistas de conveniência, que vão surgindo à frente”³⁸².

Diante de quadro em que há um Estado com recursos limitados, que necessita realizar múltiplos investimentos, sendo indispensável a real identificação dos futuros débitos, assim como da repercussão destas despesas sobre as receitas públicas, é salutar e prudente o planejamento dos atos estatais.

Como ressalta HELIO SAUL MILESKI, “em qualquer campo da atividade humana, especialmente os que envolvam a produção de bens e serviços, seja propiciando a geração de riquezas, seja para o atendimento do interesse coletivo, é imprescindível a utilização do planejamento, no sentido de que possa haver uma utilização adequada e

³⁷⁹ FLÁVIO RÉGIS XAVIER DE MOURA E CASTRO. *Lei de responsabilidade fiscal*. In: FLÁVIO RÉGIS XAVIER DE MOURA E CASTRO (Coord.). *Lei de responsabilidade fiscal – abordagens pontuais – doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 21. Também ALIOMAR BALEEIRO. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 455.

³⁸⁰ O SALTE foi um plano econômico desenvolvido pelo governo de Eurico Gaspar Dutra, custeado por empréstimos externos e da receita federal, tendo sido abandonado em 1951 por falta de obtenção de resultados.

³⁸¹ Arts. 4.º ao 10 da lei em comento.

³⁸² *Lei de responsabilidade fiscal*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2002, p. 10.

pertinente dos recursos materiais, humanos e financeiros e que possibilite uma ação racional, com mais eficácia e eficiência, para o atingimento dos objetivos propostos”³⁸³.

No caso do presente tema, o planejamento público deverá orientar a gestão administrativa da desapropriação. Gestão planejada é aquela que reduz os níveis de incerteza e permite estabelecer a direção e o sentido da atuação do administrador³⁸⁴.

É de se salientar que há uma seqüência lógica e coordenada de atos pelos quais o Administrador deverá se pautar. O planejamento administrativo inicia-se antes mesmo da declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social do bem, a fim de chegar ao resultado final satisfatório que é justamente a destinação da propriedade³⁸⁵.

A Administração, diante de uma necessidade pública³⁸⁶, deverá identificar todas as alternativas que possam atendê-la e, com base nos princípios orientadores da

³⁸³ *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.52.

³⁸⁴ Acerca do assunto, RICARDO LOBOS TORRES assinala que o Estado Orçamentário, que, segundo o autor, é o Estado de Direito apoiado nas receitas como instrumento de realização de despesas, que surgiu a partir do Estado Moderno, é também um Estado de Planejamento, sustentando que: “o planejamento exerce função regulatória da sociedade através da Administração (...). O orçamento não visa precipuamente ao controle do Executivo nem ao dirigismo econômico e ao intervencionismo, senão que procede à regulação da economia e das relações sociais (em tema de educação, saúde, políticas públicas, etc.) por intermédio da atividade administrativa, de caráter subsidiário. Quer dizer: o planejamento, consubstanciado no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias ou na lei orçamentária anual, é mera autorização para que a Administração execute o programa traçado em leis específicas que compõem o sistema do Direito Administrativo, que já não está voltado para a regulamentação de todo o social nem para a intervenção na economia, mas para complementar a atividade privada e para subsidiar as carências e insuficiências societais” (*Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. V. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 61; e, do mesmo autor, *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 153). No mesmo sentido, verifique-se J. TEIXEIRA MACHADO e HERALDO DA COSTA REIS. *A Lei 4320 comentada e a Lei de responsabilidade fiscal*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2002/2003, p. 11: “O orçamento, entretanto, evoluiu para aliar-se ao planejamento, surgindo o orçamento-programa como especialização devendo, na prática, operar como elo entre os sistemas de planejamento e de finanças. Com isso torna-se possível a operacionalização dos planos, porque os monetariza, isto é, coloca-os em função dos recursos financeiros disponíveis, permitindo que o planejador tenha os pés no chão, em face das disponibilidades dos recursos financeiros. Esta é, sem dúvidas, a idéia central da Lei de Responsabilidade Fiscal. (...) A integração planejamento/orçamento é a tônica hoje em dia, capaz de consertar as distorções administrativas e remover os empecilhos institucionais que dificultam a modernização dos métodos e processos administrativos no Brasil”.

³⁸⁵ Para MARÇAL JUSTEN FILHO, “será inválida a desapropriação que não for iniciada por um procedimento prévio em que a Administração Pública identifique objetivamente: a adequação e a necessidade do bem a ser expropriado para satisfazer necessidades coletivas; a apuração do valor de indenização a ser pago; os encargos a que deve satisfazer e os recursos econômico-financeiros de que dispõe” (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 440).

³⁸⁶ Sobre esta questão, REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA e ESTEVÃO HORVATH esclarecem que: “Com o agigantamento do Estado e sua intervenção em quase todas as atividades humanas, cresce de importância o estudo das necessidades públicas. Cuida-se, antes de mais nada, para preenchimento do conceito, de uma decisão política. O Estado é quem vai dizer, para usar o verbo vicário, no texto constitucional e nas

Administração Pública, como por exemplo, a proporcionalidade e a economicidade, eleger aquela mais adequada para a situação concreta. Ato contínuo, serão realizados todos os estudos necessários para a implementação da atividade estatal, como projetos básicos, em caso de obras e avaliações prévias dos custos.

Apenas e somente com estes estudos, a Administração terá condições de mensurar o custo da operação global que atenda aquela demanda pública e iniciar o procedimento expropriatório. Não basta, portanto, que a Administração disponha apenas de recursos para a implementação da desapropriação, apesar da Lei de Responsabilidade Fiscal exigir somente a observância do art. 16.

Com efeito, é necessário que a Administração tenha condições econômico-financeiras para a operação global, ou, ao menos, a expectativa de tê-las. Isto porque nada adianta desapropriar determinada propriedade sem a existência de recursos para a implementação da sua finalidade.

Note-se igualmente que não se pode analisar a desapropriação isoladamente, como se fosse somente um procedimento que se inicia na declaração de utilidade, necessidade ou interesse social de determinado bem e termina com a transferência da propriedade. A fragmentação dos diversos aspectos do instituto para sua melhor análise didática é perfeitamente possível, mas não se pode esquecer que a desapropriação tem uma finalidade. Aliás, ela é adstrita a essa finalidade.

A desapropriação realizada com a finalidade de execução de planos urbanos ou de melhoria do funcionamento dos meios de transportes, por exemplo, tem sua validade jurídica confirmada à medida que estes fins sejam atingidos; caso contrário poderá sofrer questionamentos perante o Poder Judiciário, tendo em vista a possível configuração de desvio de finalidade.

leis posteriores, quais as necessidades que vai encampar como públicas (...) A definição constitucional deve, também, estabelecer quais os interesses que ao Estado incumbe zelar. A saber, na grande massa de possibilidades interventivas do Estado, tem ele o dever de atender a determinados interesses imediatos, que devem ser definidos na Constituição Federal e nas leis subseqüentes” (*Manual de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.19).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça³⁸⁷ assentou que “se a finalidade referida no decreto expropriatório é fraudada, desmerece-se, por si própria a desapropriação”.

Assim sendo, o referido julgado apenas vem corroborar o entendimento de que a desapropriação possui um objetivo imediato que é a transferência da propriedade, e um mediato, a finalidade que justificou sua execução³⁸⁸.

Por fim, retornando ao tema deste tópico, é decorrência clara destes procedimentos realizados sem qualquer planejamento, isto é, sem a realização de estudos técnicos e financeiros prévios, as freqüentes desistências de desapropriações por parte do Poder Público, bem como a destinação desvirtuada ou a ausência de destinação da propriedade expropriada.

³⁸⁷ “Administrativo. Desapropriação. Finalidade social. Inocorrência. I – Conquanto ao judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato bem como à finalidade pois, aí, reside o freio à discriminariiedade, por isso que a declaração de utilidade pública terá de indicar, precisamente, o fim a que se destina a expropriação. II – Tendo em conta o interesse público, é vedada à administração desapropriar ‘para construção de imóveis’ sem especificar a persecução do interesse público, é dizer, a finalidade. III - Se a finalidade referida no decreto expropriatório é fraudada, desmerece-se, por si própria, a desapropriação. IV – Recurso provido e remessa dos autos ao Pretório Excelso” (STJ, 1. T., REsp 1.225-ES, rel. Min. GERALDO SOBRAL, j. em 14.03.90, v.u.).

³⁸⁸ Fazendo uma analogia aos pedidos mediato e imediato da teoria geral do direito processual, sendo o pedido imediato o que indica a natureza da pretensão, como a declaração ou a condenação, por exemplo, enquanto que o pedido mediato é o bem pretendido, ou seja, a finalidade da demanda.

17. O ESTATUTO DA CIDADE.

O Estatuto da Cidade aprovado pela Lei Federal 10257/01, sem dúvida alguma, é um marco importantíssimo para o planejamento e produção do espaço urbano nos municípios do país. Tradicionalmente, o Poder Público nacional, fora questões pontuais, manteve-se quase sempre inerte em matéria de direito urbanístico, ou seja, costumeiramente, foram poucas as interferências e regulamentações estatais limitando o direito do particular³⁸⁹.

Sobre este tema, EDÉSIO FERNANDES faz um paralelo entre o crescimento urbano brasileiro e a ausência de regulamentação estatal, tecendo os seguintes comentários:

“a tradição liberal em torno dos direitos de propriedade tinha de ser mantida, contra todos os interesses de reforma. O crescimento urbano ocorreu em meio a esta controvérsia, na qual jamais houve uma definição clara do alcance e dos limites da intervenção do Estado no campo da propriedade privada. Esta controvérsia se refletiu claramente em uma ordem jurídica urbana contraditória. Até a promulgação da Constituição de 1988, era evidente que o Estado brasileiro não tinha conseguido reformar o liberalismo econômico na área da propriedade imobiliária, em oposição ao que havia acontecido em outros setores produtivos da economia”³⁹⁰.

Esta clara ausência de intervenção estatal, motivada evidentemente pela pacificação social, de modo a evitar, desta forma, conflitos entre inúmeros setores da sociedade, fez com que o crescimento das cidades brasileiras fosse feito de maneira

³⁸⁹ A título de ilustração, as primeiras normas referentes ao zoneamento urbano, no município de São Paulo, foram editadas recentemente, datando da década de 70 (Leis 7.805/72 e 8.001/73 e Decreto 11.106/74).

³⁹⁰ *Direito e urbanização no Brasil*. In: EDÉSIO FERNANDES. (Org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 255

desordenada, conduzida por interesses privados, o que culminou com a segregação da população menos favorecida.

Desta situação decorreu a expansão irregular de áreas periféricas que, sem a mínima infra-estrutura, propiciaram a multiplicação de inúmeros males das cidades brasileiras, dentre os quais podemos citar a multiplicação das favelas, desmatamento de encostas e poluição de rios.

Frente a este quadro, o Estatuto da Cidade, juntamente com os Planos Diretores³⁹¹ dos municípios, traz mecanismos importantes para uma melhor distribuição do espaço urbano, fazendo um aproveitamento do solo que permita que principalmente as grandes cidades possam eliminar ou pelo menos diminuir problemas tradicionais relacionados com o meio ambiente, transporte público e poluição visual. Como ressalta ADILSON ABREU DALLARI, o Estatuto da Cidade “estabelece algumas finalidades e objetivos comuns que, em princípio, deverão orientar as políticas urbanas de todos os Municípios: a interpretação e aplicação das normas específicas, o bem coletivo, a segurança e o bem-estar dos cidadãos e o equilíbrio ambiental”³⁹².

Mas não é só isso. O Estatuto da Cidade vem, também, contribuir com o tema do nosso trabalho de forma significativa, seja disciplinando uma importante alternativa à desapropriação, no caso o direito de preempção, que indubitavelmente conflita menos com os interesses da população; seja criando uma desapropriação sanção urbanística, que visa evitar prática especulativa tradicional em nossos municípios.

17.1. Direito de preempção.

O direito de preempção é o direito de preferência conferido ao poder público municipal para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares³⁹³.

³⁹¹ Os Planos Diretores passaram a ser obrigatórios pelo art. 41, I, do Estatuto da Cidade para cidades com população superior a 20.000 (vinte mil) habitantes.

³⁹² *Instrumentos da política urbana*. In: ADILSON ABREU DALLARI; SÉRGIO FERRAZ (Orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 85.

³⁹³ O Direito francês também possui um instituto semelhante, chamado de “droit de préemption urbain” (direito de preempção urbano), o qual foi instituído por uma lei de 10 de julho de 1985, tendo o seu âmbito ampliado pela lei de Urbanismo e Habitação (2003) e pela lei de prevenção dos riscos tecnológicos e naturais (2003). De acordo com esta legislação, o direito de preferência é um procedimento

Para que seja exercido este direito, faz-se necessária a edição de lei municipal específica que, com base no plano diretor, fixará as áreas em que incidirá o mencionado direito em um prazo não superior a 5 (cinco) anos, renovável por mais um ano.

No momento em que o particular tiver intenção de alienar seu imóvel, deverá notificar o Município, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, anexando a proposta de compra assinada por terceiro interessado na aquisição daquele.

Se neste prazo a Municipalidade não se manifestar, ficará o proprietário autorizado a realizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada. Caso, no entanto, a transferência seja realizada em condições diversas da proposta apresentada ao Município, esta será nula de pleno direito.

Sendo considerada nula a aquisição, poderá a Administração Pública adquirir o mencionado imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou o valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele.

Cabe destacar que a preempção refere-se tão somente à alienação onerosa, não se estendendo às situações de doação ou de dação em pagamento, por exemplo.

Ademais, destaca DIÓGENES GASPARINI que o “direito de preempção, nos termos em que está regulado pelo Estatuto da Cidade, só incide sobre a propriedade imobiliária urbana situada em área delimitada por lei municipal baseada no plano diretor e submetida ao regime de preferência. Atente-se a que esse diploma legal não menciona que as áreas delimitadas por lei municipal devam ser urbanas, mas essas áreas, ainda que assim seja, têm tal natureza. Com efeito, se a política urbana, por força do Estatuto da Cidade, somente pode acontecer na zona urbana, é certo se afirmar que os

descentralizado que oferece aos municípios (ou comunas) a faculdade de adquirir bens situados no interior de uma área previamente delimitada. Esta preempção, a exemplo do que se observa em nossa legislação, visa proceder à reorganização urbana, por meio de um instrumento de aquisição que permita a implementação de políticas urbanas e ambientais (RENÉ HOSTIOU e JEAN-FRANÇOIS STRUILLOU. *Expropriation et préemption – aménagement, urbanisme, environnement*. 3. ed. Paris: Litec, 2007, p. 189). Sobre o assunto, verifique-se também PHILIPPE GODFRIN e MICHEL DEGOTTE. *Droit administratif des biens – Domaine, travaux, expropriation*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 369: “Le droit de préemption est celui que possède une personne, le plus souvent publique, de se substituer à l’acheteur au cours d’une transaction pour acquérir le bien qui en fait l’objet” (Tradução livre: O direito de preempção é aquele que possui uma pessoa, normalmente pública, de se substituir ao comprador no curso de uma transação para adquirir o bem que constitui o objeto desta). Igualmente, ANTOINE BERNARD e MICHEL HUYGHE. *Expropriation des biens*. 11. ed. Paris: Le Moniteur, 2006, p. 940.

instrumentos de sua execução, como é o direito de preempção, só podem ser utilizados em áreas portadoras dessa qualificação”³⁹⁴.

No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES, especificando o campo de aplicabilidade do instituto, afirma que “o direito de preempção não pode ser utilizado indiscriminadamente, mas, sim, somente para determinadas finalidades relacionadas na lei federal – quais sejam: regularização fundiária; execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; constituição de reserva fundiária; ordenamento e direcionamento da expansão urbana; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; criação de espaços públicos de lazer e áreas de interesse ambiental; e proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico. A lei municipal deverá especificar qual dessas utilizações pretende dar a cada área sujeita ao direito de preempção”³⁹⁵.

Em nosso entendimento, o direito de preempção tem uma importância fundamental no bojo da Administração Pública eis que exige a realização de planejamento administrativo para a sua realização, o que tradicionalmente não existe na máquina pública. Além disto, poderá ser muito útil para as realizações de ações urbanas de longo prazo, evitando, a utilização do instituto da desapropriação que é, sem sombra de dúvida, mais conflitante com o cidadão proprietário por diversos aspectos.

Preliminarmente, há que se considerar que a desapropriação, como visto anteriormente, é precedida pelo decreto de utilidade pública. Do decreto até a perda efetiva do bem, há um período suspeito no qual o proprietário não poderá realizar mudanças no imóvel, sob pena de não ser indenizado acerca das benfeitorias realizadas. Pois bem. Durante este período, o expropriado, ainda que não tenha perdido sua propriedade, não pode usá-la integralmente, o que certamente configura um aspecto negativo, que pode, inclusive, vir a lhe gerar prejuízos em razão da eventual depreciação do imóvel decorrente da não realização de obras no local.

Em acréscimo, necessário observar que a desapropriação é um procedimento em que há a aquisição compulsória do bem, motivo pelo qual, por si só, mostra-se mais

³⁹⁴ *Direito de preempção*. In: ADILSON ABREU DALLARI; SÉRGIO FERRAZ (Orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 197.

³⁹⁵ *Direito de construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 167.

conflituoso em relação ao direito de preempção, que somente pode ser exercido pelo beneficiário do mesmo se o proprietário efetivamente quiser vender sua propriedade.

Por fim, saliente-se que no caso da preempção, a Administração já faz um planejamento, ainda que não financeiro, para a consecução futura de uma determinada finalidade. Assim, quando o particular demonstrar interesse em alienar sua propriedade, bastará à Administração verificar se possui, ou não, verba suficiente para a efetivação da aquisição.

A conveniência do instituto fica ainda mais evidente em caso de inexistência de recursos para a realização de um projeto importante para o Município. Neste caso, o administrador, diante da ausência de recursos para de execução naquele momento, vez que desapropriações são via de regra muito custosas, poderá estabelecer uma zona afetada por este direito de preferência, fazendo, aos poucos, a aquisição dos imóveis nela encontrados, sem que haja um impacto significativo no orçamento local³⁹⁶.

A despeito da inegável conveniência do direito de preempção urbano, há apenas que se lamentar a necessidade da promulgação de legislação local, e não simplesmente de um decreto, para determinar previamente as regiões afetadas por este direito, fato este que poderá dificultar sua aplicação, face ao procedimento burocrático³⁹⁷.

Além disto, há outra finalidade deste instrumento, e esta não é urbana e sim, fiscal³⁹⁸. Tradicionalmente, os indivíduos, ao realizar a compra e venda de um

³⁹⁶ A título de ilustração podemos fazer breves comentários sobre um exemplo notório na cidade de São Paulo: a da declaração de utilidade pública da região conhecida como “cracolândia”. Nesta região, foram declarados de utilidade pública, em 2005, 15 (quinze) mil imóveis, aproximadamente. No entanto, até a presente data, apenas 80 (oitenta) imóveis estão em processo de desapropriação, devido a ausência de recursos financeiros para tal. Esta prática municipal, certamente, irá degradar ainda mais uma região extremamente comprometida da cidade e, ao final, o Poder Público irá reconhecer a impossibilidade de desapropriar uma região desta dimensão, causando prejuízos ainda maiores aos proprietários locais.

³⁹⁷ Segundo MAURÍCIO BALESDENT BARREIRA, em opinião contrária a nossa, este instituto seria menos moroso do que uma desapropriação. Creemos que este não seja o melhor entendimento, até porque pela simples necessidade de edição de lei, já tornaria o instituto demasiadamente burocrático. Esclarece ainda, este autor que “no Brasil, talvez em razão da debilidade financeira do Estado, esse mecanismo não é usual como em outros países estrangeiros, tal qual a França, onde se originou e é utilizado até para fins de contenção dos preços de imóveis. Aqui, o direito de preempção já incide sobre os imóveis tombados, por força do Decreto-lei 25/37” (*Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 25).

³⁹⁸ Observa-se o mesmo fenômeno na França, onde o instituto passou a tiver utilizações. PHILIPPE GODFRIN e MICHEL DEGOFTE esclarecem que o direito de preempção, além de ser exercido no interesse geral da população, também é empregado a título de sanção. De acordo com os autores, a administração de registros públicos pode adquirir um imóvel cujo valor tenha sido subestimado em caso de uma determinada transformação. As autoridades aduaneiras, igualmente, também dispõem de idêntico direito

determinado imóvel, costumam informar valores inferiores da operação aos do que realmente são acordados. Deste modo, recolhem valores a menor de tributos, no caso o ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis), que é de competência municipal.

Com o exercício deste direito, mesmo que o objetivo não seja propriamente o urbano, os sujeitos passivos da relação tributária tenderão a informar valores próximos aos realmente praticados. Neste sentido, EURICO DE ANDRADE DE AZEVEDO³⁹⁹ esclarece que “os dispositivos citados (art. 27, §§5.º e 6.º) têm ainda o condão de inibir os negócios imobiliários na zona especial de incidência do direito de preempção. Isso porque, na prática cotidiana, sabe-se que os interessados procuram celebrar o contrato de venda e compra por valor abaixo do pactuado realmente (em geral, pelo valor da base de cálculo do IPTU), para diminuir o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e os emolumentos cartorários, ou ainda por problemas de declaração de renda. Ora, havendo necessidade de se celebrar o instrumento público de venda pelo valor real da proposta efetuada, muitos deixarão de realizar o negócio”.

Este autor ainda argumenta que, no momento em que a lei estabelece o direito de preempção, deverá já dispor de dotação orçamentária para o exercício do mesmo direito.

A despeito deste entendimento, sustentamos que, por se tratar a preempção de um direito de preferência que apenas se consolida diante do interesse de venda do proprietário, seria inviável imaginar que todo e qualquer imóvel elencado na zona em que recai esse direito tenha a dotação orçamentária correspondente, até porque a efetivação deste poderá vir a ocorrer somente em exercícios financeiros futuros. Com efeito, adotando-se o entendimento do referido doutrinador, haveríamos de chegar à conclusão de que a Administração Pública, uma vez definida a área com direito de preferência, teria de disponibilizar verbas para a aquisição de todos os imóveis que nela se encontram. Além disso, não se pode olvidar que o orçamento é anual, ou seja, deve ser realizado todos os anos⁴⁰⁰, enquanto o direito de preempção constante do Estatuto da

no que diz respeito a mercadorias (*Droit administratif des biens – Domaine, travaux, expropriation*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 369).

³⁹⁹ *Direito de preempção*. In: MARIANA MOREIRA (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, p. 185.

⁴⁰⁰ Sobre o princípio da anualidade, inerente ao orçamento, RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA e ESTEVÃO HORVATH (*Manual de Direito Financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 123) tecem os seguintes comentários: “O princípio significa que o orçamento deva ser atualizado todos os anos, ou seja, que para cada ano haja um orçamento. Dispõe o art. 165, III, da CF que ‘leis de iniciativa do

Cidade prevê a preferência de aquisição da propriedade imóvel urbana durante um período de cinco anos. Sendo assim, não há como se falar em prévia dotação orçamentária.

17.1.1. A desapropriação por ilícito administrativo.

Como visto, para que o titular da propriedade afetada pelo direito de preempção possa alienar seu bem imóvel, deverá notificar formalmente a Municipalidade, informando o interesse em transmiti-lo, bem como do valor da proposta recebida, a qual deverá ser anexada à notificação.

Caso, a Municipalidade não tenha interesse em adquirir o bem e a transmissão venha a ser realizada em termos diversos da referida notificação, o mencionado contrato de compra e venda será nulo de pleno direito.

Diante desta situação, poderá a Administração adquirir a mencionada propriedade pelo valor da base de cálculo do IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano) ou pelo valor indicado no preço estabelecido na notificação, quando este for inferior aquele⁴⁰¹.

Esta prerrogativa, em nosso entender, enseja, evidentemente, uma desapropriação por ilícito administrativo, sendo o Município e o proprietário, respectivamente, sujeitos ativos e passivos deste.

Executivo estabelecerão: (...) III – os orçamentos anuais’. Em verdade, não há princípio, antes periodicidade do orçamento, pois é importante que haja um termo inicial e final dos gastos e receitas públicas. Inclusive para controle por parte da população”. Na mesma esteira, AFONSO GOMES AGUIAR (*Direito Financeiro – Lei 4320 comentada ao alcance de todos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 41): “Determina o Princípio da Anualidade que o orçamento de cada pessoa federativa tenha sua vigência limitada ao período financeiro correspondente a um ano, sabendo-se, de logo, que o ano financeiro no Brasil coincide com o ano civil, que se inicia em 1º de janeiro e finda em 31 de dezembro (Art. 34, Lei 4320/64)”.

⁴⁰¹ É de se observar que esta sanção imposta pela legislação brasileira não consta da legislação francesa, na qual o não respeito à obrigação de notificar a declaração de intenção de alienar um bem submetido ao direito de preempção é sancionado somente pela nulidade da venda. A nulidade, que é relativa, deve ser declarada em processo judicial, prescrevendo no prazo de cinco anos contados não a partir do dia em que o titular do direito tomou conhecimento da data de venda realizada sem consideração da preferência, mas sim da data de publicação do ato que ensejou a transferência de propriedade (RENÉ HOSTIOU e JEAN-FRANÇOIS STRUILLLOU. *Expropriation et préemption – aménagement, urbanisme, environnement*. 3. ed. Paris: Litec, 2007, p. 243).

O interesse público (“a justa causa”) da desapropriação será exatamente o mesmo que o visado na legislação que criou o direito de preempção naquela região. E, com relação ao procedimento, entendemos que ante a ausência de regulamentação, deverá ser obedecido aquele estipulado no Decreto Lei 3365/41, não existindo necessidade, no entanto, de expedição de decreto expropriatório, ou seja, a desapropriação iniciaria na segunda fase do seu procedimento tradicional.

Por fim, com relação ao montante indenizatório, entendemos, como já anteriormente exposto, que, muito embora haja disposição legal neste sentido, deverá ser respeitado o princípio constitucional da justa indenização, face a ausência de previsão normativa.

17.2. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, IPTU progressivo no tempo, desapropriação sanção, e consórcio imobiliário.

O parcelamento, a edificação ou utilização compulsórios, bem como o IPTU progressivo no tempo, a desapropriação sanção e o consórcio mobiliário constituem o ponto mais conhecido do Estatuto da Cidade, o que não significa que sejam de fácil aplicação. Para a utilização deste instituto, é necessária a edição de lei específica regulamentando a matéria, assim como do plano diretor.

Estes dispositivos normativos (art. 5.º e seguintes da referida lei) têm como precedente o artigo 182, § 4.º, da Constituição Federal. No entanto, segundo parte da doutrina, o Estatuto da Cidade avançou na regulamentação desta norma, dispondo de regras que não foram autorizadas na Constituição. Tanto os imóveis não edificados, subutilizados como os não utilizados estão sujeitos a esta obrigação de compulsoriedade de utilização.

Segundo JOÃO CARLOS MACRUZ, JOSÉ CARLOS MACRUZ e MARIANA MOREIRA, a implementação desses instrumentos é voltada ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, visando o ordenamento e o controle do uso

do solo. Objetiva, ainda, obstar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, bem como a sua retenção especulativa, que resulte na sua subutilização ou não utilização⁴⁰².

Acerca dos procedimentos envolvidos neste instituto urbanístico, são elucidativos os esclarecimentos de VERA MONTEIRO, ao destacar que “o proprietário deve ser notificado pelo Poder Executivo Municipal para o cumprimento da obrigação. Sendo que a notificação deve ser averbada no cartório de registro de imóveis. Isto porque esta não é uma obrigação pessoal, mas uma obrigação de direito real, que fica gravada no imóvel. Tanto que ‘a transmissão do imóvel, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5.º da lei, ‘sem interrupção de quaisquer prazos’.

Quanto à notificação, as regras estão no § 3.º do art. 5.º do Estatuto da Cidade. Ela deve ser feita ‘por funcionário do órgão competente do Poder Público Municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração’. Portanto, a regra é que a notificação seja pessoal – feita na pessoa daquele que tem efetivo poder para decidir pela adequação da propriedade à sua função social”⁴⁰³.

Após a aplicação dos 5 (cinco) anos de cobrança do IPTU progressivo sem o atendimento da determinação, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com o pagamento da indenização, mediante título da dívida pública em até 10 (dez) anos.

Nesse sentido, REGINA HELENA COSTA argumenta que o “Estatuto da Cidade cuida do IPTU progressivo no tempo em seu art. 7.º. O preceito enseja diversos comentários. Em primeiro lugar, deixa claro que a aplicação dessa novíssima modalidade de tributação progressiva está condicionada ao não cumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do *caput* do art. 5.º ou das etapas previstas no § 5.º deste mesmo artigo. Afina-se, portanto, com o disposto no art. 182, § 4.º, do Texto Fundamental, que prescreve a possibilidade do IPTU progressivo no tempo como instrumento a ser empregado sucessivamente ao parcelamento ou edificação compulsórios.

⁴⁰² *O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos*. São Paulo: LTr, 2002, p. 43.

⁴⁰³ *Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana*. In: ADILSON ABREU DALLARI e SÉRGIO FERRAZ (Orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 96.

Em segundo lugar, em razão do mesmo fundamento, a manutenção da exigência fiscal pela alíquota máxima além do prazo de cinco anos, caso não seja cumprida a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado a que se refere o art. 5.º da lei, revela-se descabida, pois, indubitavelmente, nesta hipótese, o confisco restará consumado. Portanto, na situação de continuidade da inadimplência do proprietário urbano quanto a essa obrigação, o único meio de que pode dispor o Município é, inquestionavelmente, a desapropriação (art.8.º), sob pena de vulneração do princípio da vedação da utilização de tributo com efeito de confisco.

Diante do pensamento exposto, discordamos, com veemência, daqueles que sustentam que a exigência do IPTU progressivo no tempo, por ter caráter sancionatório – uma vez que se volta à punição do proprietário do imóvel que insiste em não ajustá-lo às diretrizes do plano diretor, definidor da função social a que o mesmo deve atender -, pode redundar na perda da propriedade.

Ora, é preciso lembrar que a Lei Maior, ao delinear o direito de propriedade, prevê sua supressão tão-somente mediante desapropriação (art. 5.º, XXII-XXIV). O confisco, assim, é excepcional, estando restrita a sua aplicação às hipóteses expressamente previstas.

Por essa razão, justamente, é que o Texto Fundamental reitera a idéia no capítulo do Sistema Tributário Nacional, ao vedar, em caráter absoluto, a utilização de tributo com efeito de confisco, já que mediante imposição fiscal poder-se-ia, por via oblíqua, suprimir o direito de propriedade (art.150, IV)⁴⁰⁴.

Isto sem dúvida reflete o caráter sancionatório do exercício do poder de império sobre a propriedade, na medida em que a indenização não se dará pelo valor elevado em face de obras públicas realizadas a partir da notificação, isto é, não será levado em consideração o real valor de mercado da propriedade na data da desapropriação.

O valor da indenização refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontando custos de obras realizadas no local, neste período. Segundo CLÓVIS BEZNOS, tendo em vista que o Senado restringiu novos endividamentos dos entes públicos em função da

⁴⁰⁴ *Instrumentos tributários para a implementação da política urbana*. In: ADILSON ABREU DALLARI e SÉRGIO FERRAZ (Orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 107.

Lei de Responsabilidade Fiscal, dificilmente nos depararemos com esta espécie de desapropriação⁴⁰⁵.

O ponto central de discussão no que tange ao assunto abordado é a indenização prevista no Estatuto, que consiste no pagamento em títulos da dívida pública, e não em dinheiro, como ocorre nas demais modalidades expropriatórias. Acerca desta, doutrinadores de respeito entendem que esta seria inconstitucional, tendo em vista que consta do art. 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal, que a indenização deve ser prévia e em dinheiro.

A despeito dos entendimentos em contrário, sustentamos que o valor da indenização da desapropriação em comento possui constitucionalidade duvidosa frente ao princípio da justa indenização, pois apenas nas hipóteses expressas da Lei Maior este princípio poderá ser afastado.

Ademais, diante da impossibilidade do proprietário de cumprir a determinação municipal, poderá solicitar a realização do consórcio imobiliário, nos termos do art. 46 do Estatuto da Cidade⁴⁰⁶. O proprietário transfere ao Poder Público seu imóvel e recebe, como forma de pagamento, unidades deste, devidamente urbanizadas ou edificadas. O valor das unidades imobiliárias a serem entregues ao proprietário será correspondente ao valor que o imóvel possuía antes da execução das obras.

⁴⁰⁵ *Desapropriação em nome da política urbana*. In: ADILSON ABREU DALLARI; SÉRGIO FERRAZ (Orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131.

⁴⁰⁶ O artigo em comento tem a seguinte redação: “Art. 46. O Poder Público municipal poderá facultar ao proprietário de área atingida pela obrigação de que trata o *caput* do art. 5.º desta Lei, a requerimento deste, o estabelecimento de consórcio imobiliário como forma de viabilização financeira do aproveitamento do imóvel. § 1.º Considera-se consórcio imobiliário a forma de viabilização de planos de urbanização ou edificação por meio da qual o proprietário transfere ao Poder Público municipal seu imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas. § 2.º O Valor das unidades imobiliárias a serem entregues ao proprietário será correspondente ao valor do imóvel antes da execução das obras, observado o disposto no § 2.º do art. 8.º desta Lei.”.

18. DESAPROPRIAÇÃO E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Dando continuidade à análise de normas que inovam e alteram a aplicação prática e conceitual da desapropriação, passaremos, neste tópico, a tratar do Código Civil de 2002 (Lei 10406) que trouxe alguns dispositivos referentes ao objeto do presente trabalho. Destes, analisaremos dois, em especial: i) a denominada desapropriação privada (art. 1228, §§ 4.º e 5.º) e ii) a alteração do prazo da usucapião que, certamente, afetará a desapropriação indireta.

18.1. A desapropriação privada.

18.1.1. Considerações gerais.

Para a melhor análise da desapropriação, faz-se necessário estabelecer um diálogo entre o Direito Administrativo e o Direito Civil, que se tornou, principalmente depois da entrada em vigor do Código Civil em comento, imprescindível para o estudo da matéria, particularmente em razão do disposto no seu art. 1228, § 4º.

O mencionado artigo talvez seja o dispositivo que gerou o maior número de controvérsias no referido Código, sendo, de um lado, entendido por doutrinadores de peso como inconstitucional⁴⁰⁷, e, de outro, enaltecido por seu caráter verdadeiramente revolucionário e até mesmo atentatório ao direito de propriedade considerado em sua concepção tradicional⁴⁰⁸.

De início, cumpre salientar que o dispositivo representa a adoção de uma das principais diretrizes seguidas pelo Código Civil, a da *socialidade*, a qual foi perseguida com afínco por MIGUEL REALE, supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do

⁴⁰⁷ Esta questão, tendo em vista sua relevância, será discutida ao final deste capítulo, depois de abordados os diversos aspectos do instituto. Assinale-se, desde já, que a doutrina majoritária entende ser constitucional o dispositivo legal, existindo inclusive o Enunciado 82, da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que tem a seguinte redação: “É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1228 do novo Código Civil”.

⁴⁰⁸ ORLANDO GOMES. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128. Verifique-se também FLAVIO TARTUCE; JOSÉ FERNANDO SIMÃO. *Direito civil – Concursos públicos – Direitos das coisas*. v. 4, São Paulo: Método, 2008, p. 129.

Código Civil. De fato, a norma já constava do Anteprojeto, sendo defendida pelo doutrinador, na exposição de motivos do mencionado Anteprojeto, em 16 de janeiro de 1975⁴⁰⁹.

Em continuação, o doutrinador justifica o surgimento de uma nova modalidade de desapropriação, a *desapropriação judicial*, tecendo sobre ela breves comentários que são abaixo reproduzidos:

“Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada”.

No que tange à *posse-trabalho*, ou seja, a posse capaz de preencher o conteúdo da função social da propriedade, MARIA HELENA DINIZ define-a como a “posse ininterrupta e de boa-fé por mais de 5 anos de uma extensa área alheia (metragem a ser analisada conforme as peculiaridades locais e regionais), traduzida em trabalho criador, feito em conjunto ou separadamente, quer se concretize na realização de um serviço ou na construção de uma morada, quer se manifeste em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Essa posse qualificada é enriquecida pelo valor laborativo de um número considerável de pessoas (quantidade apurada com base na extensão da área possuída), pela realização de obras, loteamentos, ou serviços produtivos e pela construção de uma residência, de prédio destinado ao ensino ou ao lazer, ou, até mesmo, de uma empresa”⁴¹⁰.

Contextualizando o surgimento da norma, é importante lembrar que, ainda que o caráter individualista do Código Civil de 1916 tivesse sido paulatinamente diminuído

⁴⁰⁹ “Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também *novo conceito de trabalho* (...). Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, ‘como se’ fora atividade do proprietário, com a ‘posse qualificada’, enriquecida pelos valores do trabalho. Esse conceito fundante de ‘posse-trabalho’ justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição.” (O texto da referida exposição de motivos foi obtido no sítio www.miguelreale.com.br, consultado em 10.11.2007).

⁴¹⁰ *Curso de direito civil brasileiro - Direitos das coisas*. v. 4. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 196 e 197.

pelas diversas leis que se seguiram, bem como pela jurisprudência dos diversos tribunais, a verdade é que tal diploma ainda espelhava uma sociedade agrária e eminentemente patrimonialista. Havia, portanto, a necessidade de adoção de institutos jurídicos específicos para a mudança de tão forte inclinação legal.

Nessa esteira, foi desenhado o artigo em comento, que criou o instituto do *desapossamento social*⁴¹¹, cuja natureza de desapropriação será aqui discutida, o qual possibilita que o proprietário possa ser privado de seu bem imóvel se este consistir em extensa área na qual tiverem sido realizados obras e serviços considerados pelo magistrado como de interesse social e econômico relevante.

Para o início de nossa exposição, faz-se necessária a transcrição dos §§ 4º e 5º, do artigo 1228, do CC, para a análise mais cuidadosa da matéria:

“§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, 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 e econômico relevante”.

“§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

Como se pode inferir dos termos genéricos empregados pelos parágrafos acima transcritos, proliferam-se as questões debatidas pela doutrina. Dedicaremos-nos ao estudo das mais importantes.

18.1.2. A natureza jurídica de desapropriação judicial do art. 1228, § 4.º do Código Civil.

⁴¹¹ JONES FIGUEIREDO ALVES; MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS. *Novo Código Civil confrontado com o Código Civil de 1916*. 2. ed. São Paulo: Método, 2002, p. 48. Comentando também o aspecto social conferido art. 1228, § 4º à propriedade, esclarece GERSON LUIZ CARLOS BRANCO que este se viabiliza por meio da permissão de “manutenção da posse e aquisição da propriedade por pessoas que se utilizem de um imóvel para sua moradia e nele tenham efetuado edificações” (*Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 68).

Quase que a integralidade da doutrina⁴¹² enxerga na norma em comento uma espécie de desapropriação, já que o § 5º do art. 1228 prevê que o juiz fixará justa indenização ao proprietário. Com efeito, a existência de indenização afasta a caracterização da usucapião, o que, no entanto, não faz com que esta desapropriação se enquadre totalmente dentro dos contornos tradicionais do instituto⁴¹³. Seria, portanto, uma desapropriação judicial, de iniciativa privada⁴¹⁴, regida por outros princípios.

Partilhando deste entendimento, assevera GERSON LUIZ CARLOS BRANCO, *in verbis*:

“a posse que o artigo menciona não é *ad usucapionem*, tampouco há necessidade de que haja justo título. Isto porque não se trata de uma forma de usucapião, mas uma espécie de desapropriação decretada pelo Poder Judiciário”⁴¹⁵.

Do mesmo modo, JUDITH MARTINS-COSTA entende que o dispositivo legal institui “uma peculiar forma de desapropriação por ato judicial, fundada na utilidade social da posse e na destinação do bem expropriado”. Em acréscimo, em clara defesa do instituto, ressalta que:

“Essa regra é digna de nota por variados motivos, entre eles a sua oportunidade num país como o Brasil, onde o problema fundiário permanece intocado e irresoluto através dos séculos. Aí se revela, para além da

⁴¹² Utilizamos o termo “quase que a integralidade” porque nas diversas obras pesquisadas sempre constam comentários no sentido de que alguns juristas entenderiam que o referido instituto se trata de usucapião onerosa, e não desapropriação. No entanto, estas informações não puderam ser devidamente confirmadas, tendo em vista que não localizamos qualquer doutrinador sustentando a mencionada tese.

⁴¹³ LUIS PAULO COTRIM GUIMARÃES. *Desapropriação judicial no Código Civil*. RT 99/838: “A verdadeira diferenciação entre este histórico instituto e a nova figura do Código Civil reside no fato de que, naquela primeira espécie de expropriação – fulcrada na necessidade ou utilidade pública ou interesse social – é o Poder Público quem demonstra interesse no bem, e o faz por meio de decreto ou lei (*fase declaratória*), assim como paga a indenização, em títulos da dívida agrária, após a expedição do competente decreto, diferentemente da segunda hipótese, quando o mencionado interesse social é suscitado pelos próprios possuidores, responsáveis, também, pelo pagamento da indenização. Trata-se, como visto, de espécie *sui generis* de desapropriação, tendo como base não somente o prévio interesse social, mas, também, a existência de uma posse anterior, não muito prolongada – na verdade, de lapso quinquenal – que deverá ser alegada como matéria de defesa. É possível se identificar, talvez, uma espécie de desapropriação *híbrida*, com elementos típicos de usucapião, em razão do prévio exercício da posse como elemento intrínseco”.

⁴¹⁴ FLAVIO TARTUCE; JOSÉ FERNANDO SIMÃO. *Direito civil – Concursos públicos – Direitos das coisas*. v. 4. São Paulo: Método, 2008, p. 131: “Conclui-se que essa forma de desapropriação é privada, pois atua no interesse direto e particular daquelas pessoas que, em número considerável, ocuparam extensa área”;

⁴¹⁵ *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 69.

função social da propriedade, a *função social da posse*, que, no Código agora aprovado, não se prende apenas à concepção abstrata de Von Jhering, refletida no art. 485 do Código de 1916, mas engloba, também, a noção autônoma de posse. Por isso, paralelamente ao regramento da posse como mera ocupação do bem, o conceito de *posse-trabalho*, aquela posse que ‘vem acompanhada de um ato criador do trabalho humano’ e que, bem por isso, deve ter uma proteção maior do que a outra”⁴¹⁶.

No que tange à possibilidade de desapropriação judicial de bens públicos, com a qual, diga-se desde logo, não concordamos, esta será discutida no próximo item, reservado especificamente à análise dos requisitos próprios ao instituto em comento.

Corroborando tudo quanto acima mencionado, com o que concordamos, disserta MARIA HELENA DINIZ da seguinte maneira:

“Há quem ache que, pelos requisitos exigidos pela lei (posse ininterrupta e de boa-fé por mais de 5 anos), seria uma ‘usucapião onerosa’, pois os ‘possuidores-usucapiantes’ ficariam sujeitos ao pagamento de um *quantum* indenizatório ou que haveria uma conversão da prestação de restituir a coisa na de indenizar pecuniariamente, similar à hipótese do art. 1.225. No entanto, o *desideratum* do novel Código Civil parece ter sido a configuração de uma *desapropriação judicial* pela posse qualificada, pois, ante a colisão do direito de propriedade com o princípio da função social da propriedade, privilegiou o segundo”⁴¹⁷.

⁴¹⁶ *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 154 e 155. ALEX SANDRO RIBEIRO também é partidário deste entendimento, defendendo, inclusive, a possibilidade de expropriação judicial de bens públicos, como se observa do seguinte excerto: “Muitos outros argumentos poderiam ser expedidos em defesa da natureza jurídica espelhada por expropriação (ou desapropriação pelo particular) da posse *pro labore*. Deixemos de fazê-la por amor à brevidade. Não sendo usucapião, os bens públicos podem ser objeto de expropriação pelo particular no caso retratado no dispositivo insculpido no art. 1.228, § 4º, pois os bens públicos não estão sujeitos apenas a usucapião (art. 102 do NCC)” (*Posse pro labore no novo Código Civil: anotações*. Porto Alegre, Revista Síntese do Direito Civil e Processual Civil, v. 4, n. 23, mai-ju/2003, p. 150).

⁴¹⁷ *Curso de direito civil brasileiro - Direitos das coisas*. v. 4. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 196.

SÍLVIO DE SALVO VENOSA, ainda que defenda a tese da desapropriação judicial como os demais doutrinadores, entende que o dispositivo será de pouca utilidade, tendo em vista a modalidade de usucapião coletivo previsto no Estatuto da Cidade⁴¹⁸. A questão é de bastante interesse, motivo pelo qual sobre ela teceremos alguns comentários.

Esta usucapião, prevista no art. 10 da mencionada lei⁴¹⁹, advém da ocupação de áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados que sejam utilizadas para moradia por diversos possuidores de baixa condição financeira, por mais de cinco anos, ininterruptamente e sem oposição. Não sendo possível identificar a quem pertence cada espaço da área ocupada, esta poderá ser usucapida coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outros imóveis, urbanos ou rurais. Acrescente-se que, independentemente da área ocupada por cada morador, ser-lhe-á destinada a mesma fração do terreno, a ser dividida igualmente entre todos os ocupantes.

A despeito do inegável conhecimento do doutrinador, com ele não podemos concordar no que tange à suposta pouca utilidade do instituto da desapropriação judicial, eis que, não obstante o fato de parecerem redundantes, os institutos não se confundem e têm aplicações práticas diferentes. Para esclarecer nosso entendimento, elaboramos a seguinte tabela:

	Usucapião (Estatuto da cidade)	coletiva	Desapropriação judicial (Código Civil de 2002)
Imóvel urbano ou rural:	Somente urbano		Urbano e rural
Área do imóvel:	Mais de 250 m. ²		Extensa área
Legitimidade ativa:	População de baixa renda		Considerável número de pessoas
Legitimidade passiva:	Somente proprietários de		Proprietários de bens

⁴¹⁸ *Código Civil comentado – artigos 1196 a 136*. v. XII. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 215.

⁴¹⁹ O mencionado artigo tem a seguinte redação: “As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”.

	bens particulares.	particulares e também de bens públicos dominicais.
Escopo da ocupação:	Exclusivamente moradia	Realização de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante
Prazo:	5 (cinco) anos ininterruptos	5 (cinco) anos ininterruptos
Exigível a posse de boa-fé?	Sim	Sim, observando-se, porém, a não aplicabilidade do art. 1201, do CC.
Exigível a impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor?	Sim.	Não.
Proibição de possuir outro imóvel?	Sim.	Não.
Direito de indenização do proprietário?	Não.	Sim.
Sentença vale como título para o registro de imóveis?	Sim.	Sim, condicionada ao pagamento da indenização.

Como se pode observar dos diversos itens acima ventilados, muitos são os aspectos distintos entre a desapropriação judicial e a usucapião coletiva do Estatuto da Cidade, motivo pelo qual os dois institutos não devem ser confundidos ou tratados como se tivessem o mesmo objetivo ou a mesma finalidade prática.

Tendo em vista a relevância do estudo, cada uma das divergências acima nomeadas será devidamente esclarecida no próximo tópico, destinado ao estudo das características da desapropriação judicial.

18.1.3. Características da desapropriação judicial.

Tendo em vista os pontos da tabela acima delineados, passemos à análise de cada um deles, apontando as devidas diferenças no que tange ao usucapião coletivo, previsto no Estatuto da Cidade.

Preliminarmente, convém salientar a possibilidade de aplicação do instituto da desapropriação judicial também no que tange a imóveis rurais⁴²⁰, tendo em vista que o Código Civil não faz qualquer diferenciação entre estes e os urbanos. Acrescente-se, ainda, que a matéria é tratada no art. 1.228, o qual se relaciona com aspectos gerais pertinentes à propriedade, motivo pelo qual não há que se restringir sua abrangência. De outro lado, o Estatuto da Cidade é especialmente voltado para os imóveis situados em áreas urbanas, o que, aliás, está expresso na redação de seu art. 10, anteriormente transcrito, ficando clara, assim, a diferença entre a destinação da desapropriação judicial e da usucapião coletiva.

Observamos, igualmente, divergências em relação à área do imóvel a ser desapropriada ou usucapida, já que, enquanto o Estatuto da Cidade exige área superior a 250 m.² (duzentos e cinquenta metros quadrados), o Código Civil deixa ao arbítrio do magistrado a definição do que seja uma área “extensa” apta a possibilitar a desapropriação. Assim, este poderá considerar diversas variáveis para determinar se o terreno em questão constitui ou não área extensa, não tendo que se limitar a uma metragem mínima para determinar a desapropriação. É de se observar que a redação do dispositivo legal dá, inclusive, margem para que condomínios edifícios inteiros venham a ser desapropriados, e não somente terrenos, ao contrário do que se infere do art. 10 da Lei 10257/2001, que exige a impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor, o que certamente não aconteceria em um prédio de apartamentos.

Outra diferença importante diz respeito à legitimidade ativa para invocação da desapropriação judicial e da usucapião coletiva. Com efeito, o Código Civil determina apenas que esteja presente considerável número de pessoas no imóvel, enquanto o Estatuto da Cidade exige a constatação de população de baixa renda. Isso nos mostra, de início, que a desapropriação judicial não visa, necessariamente, à acomodação da

⁴²⁰ ALEX SANDRO RIBEIRO. *Posse pro labore no novo Código Civil: anotações*. Porto Alegre, Revista Síntese do Direito Civil e Processual Civil, v. 4, n. 23, mai/jun. 2003, p. 148.

parcela mais desfavorecida da população, mas sim àqueles que têm a melhor posse, ou seja, confirmam à propriedade sua função social.

Acerca do “considerável número de pessoas”, ALEX SANDRO RIBEIRO entende ser o caso de litisconsórcio ativo unitário e necessário⁴²¹, reforçando tal afirmação com a assertiva de que, enquanto não houver pagamento integral da indenização, não haverá a desapropriação. Assim, se apenas um dos ocupantes não efetuar o pagamento do preço, não haveria título aquisitivo, o que justificaria a existência do litisconsórcio necessário unitário.

No entanto, esta afirmação tem de ser vista com muita cautela, já que grande parte da doutrina entende que a desapropriação judicial seria apenas uma forma de defesa a ser alegada em ações reivindicatórias e possessórias, não podendo ser exercitada como uma ação autônoma, ao contrário do que ocorre com a usucapião. Assim, não haveria que se falar em litisconsórcio ativo.

Nesse sentido, verifique-se o Enunciado 84, proveniente da I Jornada de Direito Civil, que possui a seguinte redação: “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização, o qual foi seguido pelos Enunciados 306 (“A situação descrita no § 4º do art. 1228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório”) e 310 (“Interpreta-se extensivamente a expressão ‘imóvel reivindicado’ (art. 1228, § 4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório”), todos a indicar que a desapropriação judicial não poderia ser objeto de ação autônoma⁴²².

A despeito do conteúdo dos enunciados supramencionados, não podemos concordar com a impossibilidade de propositura de ação autônoma para obtenção da desapropriação judicial, já que é inconcebível que o titular de um direito não tenha instrumento jurídico processual para pleiteá-lo, devendo ficar inerte, aguardando eventual demanda para, somente neste momento, requerer aquilo a que faz jus.

⁴²¹ ALEX SANDRO RIBEIRO. *Posse pro labore no novo Código Civil: anotações*. Porto Alegre, Revista Síntese do Direito Civil e Processual Civil, v. 4, n. 23, mai/jun. 2003, p. 149. Coadunando-se com este entendimento, verifique-se NELSON KOJRANSKI (*Direitos reais*. In DOMINGOS FRANCIULLI NETTO; GILMAR FERREIRA MENDES; IVES GRANDA DA SILVA (Coords.). *O novo Código Civil – homenagem ao Prof. Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2005, p. 1036).

⁴²² FLAVIO TARTUCE; JOSÉ FERNANDO SIMÃO. *Direito civil – Concursos públicos – Direitos das coisas*. v. 4. São Paulo: Método, 2008, p. 134. Vide também LUIS PAULO COTRIM GUIMARÃES. *Desapropriação judicial no Código Civil*. RT 100/838.

Com relação à indenização, que será abordada a seguir, a questão não é tão simples quanto a apresenta o autor, havendo entendimento de que, em alguns casos, quem efetuará o pagamento da indenização não são os particulares, mas sim o órgão público que teria competência para efetuar a desapropriação tradicional.

Saliente-se que predomina o entendimento de que tanto na usucapião coletiva quando na desapropriação judicial os ocupantes ficarão em co-propriedade no local porque a área terá somente uma matrícula individual⁴²³. Parece-nos, contudo, que, no caso da desapropriação, sendo possível individualizar as áreas ocupadas pelos possuidores, não há qualquer óbice para que sejam feitos registros separados. Além disso, a manutenção de condomínio entre as partes é um dos grandes inconvenientes das normas em comento, tendo em vista que obstará, ao menos formalmente, a venda singular de cada um dos imóveis situados dentro do terreno desapropriado. Ademais, poderão surgir inúmeros conflitos advindos da invasão da parcela do terreno pertencente ao co-proprietário, bem como outros oriundos do direito de vizinhança.

Passando-se à questão da legitimidade passiva da desapropriação judicial, convém salientar que há forte entendimento doutrinário no sentido de que este poderia recair também sobre bens públicos dominicais⁴²⁴. A questão é bastante polêmica e não vem sendo devidamente analisada sob o ponto de vista do Direito Público, como deveria.

A matéria foi objeto de discussão na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dela resultando o Enunciado 83, o qual determina que: “Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do novo Código Civil”. No entanto, o entendimento entre os diversos doutrinadores participantes do evento não foi pacificado, motivo pelo qual na IV Jornada estabeleceu-se um novo Enunciado, 304, com a seguinte redação: “São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativamente a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos”.

⁴²³ MARIA HELENA DINIZ. *Curso de direito civil brasileiro - Direitos das coisas*. v. 4. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 198.

⁴²⁴ Conforme disposto no art. 99, inc. III, do CC: “São bens públicos (...) III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas espécies”. Verifique-se, igualmente, o § único do mesmo art.: “Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”.

Entender que seja possível a desapropriação de bens públicos, nos moldes aqui mencionados, significa realizar uma interpretação extremamente extensiva. A desapropriação de bens públicos, como visto em tópico oportuno, é uma situação excepcional, e, como tal, necessita de amparo legal expresse. Não é por outra razão, senão a excepcionalidade da situação, que o Decreto-Lei 3365/41, no § 2.º do art. 2º, exige a autorização do Poder Legislativo para a efetivação de tais situações.

Em seguida, importante abordar o escopo da ocupação que autoriza a desapropriação judicial, já que este é uma das diferenças mais relevantes que se observa no estudo comparativo com a usucapião coletiva: ela se presta não só para fins de moradia, mas também para áreas em que se verifique a realização de obras e serviços considerados pelo magistrado como de interesse social e econômico relevante. Vemos, assim, que, enquanto o escopo da usucapião é garantir o direito à moradia, o da desapropriação é conferir à propriedade função social, premiando aqueles que dão destinação e produtividade à terra. Assim, podemos pensar em uma gama de pequenos negócios que podem se beneficiar da desapropriação, como, por exemplo, mercadinhos, bares, padarias, cabeleireiros, avícolas, açougues, creches e escolas, pequenas plantações de itens de subsistência, as quais podem ser feitas mesmo em áreas urbanas, entre outros.

No que tange ao prazo, ambos os institutos são idênticos, estabelecendo o mínimo de cinco anos de ocupação no local, razão pela qual não há necessidade de tecermos maiores comentários sobre este aspecto.

Com relação à boa-fé exigida pelo dispositivo em comento, esta é também uma questão interessante, já que o Código Civil não especificou se esta se trataria de boa-fé subjetiva ou boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva relaciona-se ao mero estado mental, ou seja, à intenção do agente; enquanto a boa-fé objetiva diz respeito à conduta do agente, isto é, a maneira como ele se comporta em determinada situação. Para tentar preencher esta relevante lacuna, foi aprovado o Enunciado 309, da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, o qual tem o seguinte conteúdo: “O conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1201 do Código Civil⁴²⁵ não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1228”.

⁴²⁵ O art. 1201, do CC, dispõe que: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”.

A partir da redação deste enunciado, FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO sustentam que a boa-fé a que faz referência o artigo é a objetiva, vez que, sendo aplicada a subjetiva, a desapropriação judicial restaria esvaziada⁴²⁶.

Em sentido contrário, ALEX SANDRO RIBEIRO assim se manifesta:

“Queremos crer, por isso, que a boa-fé veiculada no § 4º do art. 1.228 refere-se à posse não eivada, límpida de qualquer vício jurídico ou social, pois do contrário não vingariam os preceitos virtuais que inspiram a lógica jurídica e faria cair por terra tudo o que até hoje se estudou acerca de posse justa ou injusta, de boa-fé ou de má-fé”⁴²⁷.

Levando em consideração o escopo do instituto, quer nos parecer mais correto o entendimento dos dois primeiros doutrinadores, sob pena de não aplicação da desapropriação judicial. Explique-se: os diversos ocupantes da área normalmente têm conhecimento de que a área pertencia a outro particular ou até mesmo ao Estado; mesmo que não o tenham, seria muito difícil comprovar que todas as pessoas instaladas no local estavam de boa-fé, na sua modalidade subjetiva.

Além dos pontos acima destacados, a usucapião coletiva exige dois requisitos que não são necessários na desapropriação: a impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados por cada possuidor e a proibição de possuir outro imóvel. Estas duas exigências reforçam o que havíamos afirmado anteriormente, no sentido de que o escopo da usucapião do Estatuto da Cidade é efetivamente a moradia, o que não se identifica no instituto da desapropriação judicial previsto pelo Código Civil.

No que tange à sentença proveniente da ação reivindicatória, ou, eventualmente, possessória, afirma LUIS PAULO COTRIM GUIMARÃES que esta deverá ser julgada procedente, com a diferença de que, ao invés de imitar o proprietário na posse, condenará os ocupantes ao pagamento da indenização ao reivindicante⁴²⁸.

⁴²⁶ *Direito civil – Concursos públicos – Direitos das coisas*, v. 4. São Paulo: Método, 2008, p. 136.

⁴²⁷ *Posse pro labore no novo Código Civil: anotações*. Porto Alegre, Revista Síntese do Direito Civil e Processual Civil, v. 4, n. 23, mai/jun. 2003, p. 151. Na mesma esteira, afirma LUIS PAULO COTRIM GUIMARÃES que: “O requisito da boa-fé, encartado no § 4º do art. 1228 do CC, é um outro elemento que deve ser observado na desapropriação judicial; vale dizer, cuida-se da posição psicológica do possuidor no momento da aquisição da posse. Com efeito, se conhecia algum *vício* ou *obstáculo* que impedisse a aquisição da coisa, sua posse estará viciada (art. 1210)” (*Desapropriação judicial no Código Civil*. RT 100/838).

⁴²⁸ *Desapropriação judicial no Código Civil*. RT 101/838.

A última questão a ser enfrentada é justamente a discutida indenização prevista pelo § 5º do artigo 1228, o qual, em razão de sua importância, será abordada a seguir, em item apartado.

18.1.4. A indenização prevista no § 5º do art. 1228 do CC.

Como visto anteriormente, o § 5º do art. 1228 determina o pagamento de uma indenização ao proprietário que perdeu seu bem imóvel; no entanto, omite-se no que diz respeito a quem irá pagar tal indenização. Obviamente, tão importante lacuna da lei haveria de gerar intensa discussão entre os doutrinadores.

SÍLVIO DE SALVO VENOSA, por exemplo, entende que os ocupantes do imóvel deverão indenizar o proprietário, na proporção do terreno por eles ocupado⁴²⁹. NELSON NERY JUNIOR espousa o mesmo entendimento⁴³⁰. Parece-nos, contudo, que a solução encontrada pelos civilistas não é a melhor, considerando-se que, na maior parte das vezes, os ocupantes não terão condições financeiras de efetuar o pagamento de qualquer quantia, que dirá da “justa indenização”, porque, se o tivessem, certamente teriam se estabelecido sobre terreno legalizado.

De outro lado, não há qualquer norma estabelecendo qual o critério para a concessão da indenização. Seria o caso de aplicação das normas pertinentes à desapropriação regular?

Nas Jornadas de Direito Civil buscou-se remediar esta situação admitindo-se que a indenização fosse paga pelo Estado em algumas situações. Vejamos, então, os enunciados que pretendem estabelecer uma interpretação conveniente para a desapropriação judicial.

Analisando-os em ordem cronológica, temos o Enunciado 240, que possui a seguinte redação: “A justa indenização a que alude o parágrafo 5º do art. 1228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado

⁴²⁹ *Código Civil comentado – artigos 1196 a 1368*. v. XII. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 216.

⁴³⁰ *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 592. Em p. 593, contudo, o autor faz a seguinte ponderação: “Como pode haver desapropriação pelo poder público, por interesse social, o instituto criado pelo CC 1228 §§ 4º e 5º pode evoluir no sentido de que o poder público venha a ter responsabilidade pela desapropriação judicial, isto é, fique responsável pelo pagamento da indenização, pois a ele cabe o poder-dever de fazer a reforma agrária e a posse-trabalho, nas circunstâncias mencionadas pela norma ora comentada, é instrumento de realização da função social da propriedade”.

imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios”. Sobre o mencionado enunciado, sustentam FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO que este “visa a afastar a incidência do art. 14 da Lei 3365/1941, dispositivo aplicável à desapropriação tradicional, pelo qual o juiz deve nomear um perito de sua escolha para proceder à avaliação dos bens. Em reforço, afasta o pagamento de juros compensatórios, como é comum também na desapropriação tradicional. Portanto, o enunciado pretende desassociar a desapropriação judicial privada das outras modalidades existentes”⁴³¹.

Pelo que se depreende desta orientação, a indenização a ser concedida ao proprietário não será “justa”, como consta do dispositivo legal, com o que não concordamos. De fato, trata-se de uma desapropriação como qualquer outra, fazendo-se necessário que lhe sejam aplicadas as regras gerais pertinentes. Com isto queremos dizer que a desapropriação privada deve ter o mesmo tratamento da desapropriação indireta, fazendo o expropriado, portanto, jus a juros compensatórios, conforme estabelecido na Súmula 619, do STF (“Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% ao ano”) e na Súmula 69, do STJ (“Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel”).

Sobre o assunto, é importante frisar que serão concedidas grandes faculdades ao magistrado, que deverá analisar, além da legitimidade das partes (que poderá ser atividade complexa dependendo do número de pessoas que ocuparem o imóvel), também as obras e serviços que devem ser considerados relevantes sob o ponto de vista social e econômico, devendo, por fim, estabelecer os critérios a serem utilizados na avaliação do imóvel.

Continuando a análise das questões pertinentes à indenização da desapropriação privada, observemos o Enunciado 241, assim redigido: “O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1228, § 5º), é condicionado ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz”. Desta maneira, seria conferida certa segurança ao proprietário: ele não obtém de volta seu imóvel, mas também não o perde definitivamente enquanto não receber sua indenização⁴³².

⁴³¹ *Direito Civil – Concursos públicos – Direitos das coisas*. v. 4. São Paulo: Método, 2008, p. 135. Também: LUIS PAULO COTRIM GUIMARÃES. *Desapropriação judicial no Código Civil*. RT 102/838.

⁴³² LUIS PAULO COTRIM GUIMARÃES, ao contrário do entendimento que se depreende do enunciado acima comentado, sustenta que, não havendo o pagamento da indenização dentro do prazo fixado pelo juiz, o

Os dois enunciados acima são provenientes da III Jornada de Direito Civil e, como já havia ocorrido com os assuntos abordados nos itens anteriores, não foram suficientes para gerar o completo entendimento da matéria e pacificação dos estudiosos. Assim, na IV Jornada tornou-se a abordar o assunto, da qual destacamos dois enunciados.

O primeiro deles, 308, definiu que: “A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1228, §5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil”.

Ocorre que se mostra equivocado a concessão de tratamento distinto entre possuidores de baixa renda e os que não se enquadram nesta situação econômico-financeira, enquanto que a norma em comento não faz qualquer distinção, recaindo naquela máxima: “quando a lei não faz distinção, não compete ao interprete fazê-la”.

Por fim, cumpre mencionar o Enunciado 311, o qual tentou resolver outro problema advindo da indenização da desapropriação, que é a hipótese de inércia do proprietário: “Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores”.

De fato, correto o enunciado, eis que é necessário definir a situação de propriedade do bem, conferindo o imóvel a quem de direito.

18.1.5. Da constitucionalidade da norma em comento.

Depois de abordados os principais aspectos da norma, estamos aptos a discutir, ainda que brevemente, sua constitucionalidade, a qual foi objeto de grandes controvérsias pela doutrina.

proprietário deverá ser definitivamente imitado no imóvel (*Desapropriação judicial no Código Civil*. RT 102/838).

Assinale-se, de início, que durante a tramitação da lei, o Senador GABRIEL HERMES propôs a Emenda 135 para que o referido dispositivo fosse excluído do Código Civil, tendo esta sido rejeitada.

Posicionando-se pela inconstitucionalidade da norma, CARLOS ALBERTO DABUS MALUF sustenta que esta viola o direito de propriedade “incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiam sobre a gleba”. O autor estende as mesmas críticas ao instituto da usucapião prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade, o qual já foi mencionado anteriormente⁴³³.

A despeito da pertinência dos argumentos levantados pelo doutrinador, a verdade é que seu entendimento é minoritário. Reconhecendo tal fato, e tentando minimizar os efeitos danosos da norma, propôs o jurista a alteração do § 5º do mencionado artigo, no Projeto de Lei 276/2007 (reapresentação do 6960/2002), para que este adquirisse a seguinte redação:

“§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago *integralmente* o preço, valerá a sentença como título para registro do imóvel em nome *do respectivo possuidor*”.

NELSON NERY JUNIOR, de outro lado, entende que a norma é constitucional, sustentando que esta resolveria uma aparente antinomia entre o direito de seqüela do proprietário, que o autoriza a reivindicar seu bem de quem o injustamente possui, e a função social da propriedade, dando prevalência a este último na medida em que privilegia a anteriormente mencionada posse-trabalho⁴³⁴.

MARIA HELENA DINIZ procura conciliar ambos os entendimentos, chegando à conclusão de que não há como se considerar a norma como inconstitucional, assim se manifestando:

⁴³³ *Direitos reais*. In: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (Coord.). *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1269. Vide também *O direito de propriedade e o instituto do usucapião no Código Civil de 2002*. In: MÁRIO LUIZ DELGADO; JONES FIGUEIREDO ALVES (Orgs.). *Questões controvertidas*. v. 1. São Paulo: Método, 2006, p. 287.

⁴³⁴ *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 592. No mesmo sentido, FLAVIO TARTUCE; JOSÉ FERNANDO SIMÃO. *Direito civil – Concursos públicos – Direitos das coisas*. v. 4. São Paulo: Método, 2008, p. 133: “Não há como concordar com o entendimento que prega inconstitucionalidade da desapropriação judicial privada, pois, como se verá, o instituto visa justamente a dar uma função social à propriedade em situações em que a posse já não vem atendendo a essa finalidade de interesse da coletividade”.

“Tal inovação tem por base a humanização da propriedade, a socialização da posse e da propriedade e a justiça social (CF, arts. 5º, XXIII e 170, III). Mas, por outro lado, poderá não só constituir uma afronta ao direito de propriedade, também resguardado constitucionalmente, e um incentivo à invasão ou ocupação ilegal de terras alheias, como também conduzir, em razões dos poucos recursos dos ocupantes, a um arbitramento judicial de uma indenização nem sempre justa ou correspondente ao real valor do bem ocupado, prejudicando, como observa CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, o proprietário, que, além de ficar sem seu imóvel (cuja aquisição pode ter-lhe custado muitos anos de trabalho e economia), pagou todos os impostos que sobre ele incidiram.

(...) Não se poderá nem mesmo alegar a inconstitucionalidade do art. 1228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002, ante o disposto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal, considerando-os uma afronta ao direito de propriedade garantido em cláusula pétrea constitucional, visto que há uma antinomia real de segundo grau ante o conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade. Deveras, havendo uma norma superior-geral (CF, art. 5º, XXII) e outras inferiores-especiais (CC, art. 1228, §§ 4º e 5º), não será possível estabelecer uma meta-regra geral, preferindo um ou outro critério, por serem igualmente fortes e resguardados constitucionalmente, já que o critério da especialidade (tratamento desigual aos desiguais) é a segunda parte do princípio da isonomia. Ante a exigência de se adaptar a norma geral da Constituição (art. 5º, XXII), que garante o

direito de propriedade a situações novas, poderá prevalecer norma especial (CC, art. 1228, §§ 4º e 5º)”.⁴³⁵

18.2. Do novo prazo prescricional para a demanda por indenização em caso de desapropriação indireta.

Passemos agora à análise de outra questão controvertida referente à desapropriação indireta, qual seja: o prazo prescricional para a propositura da ação de indenização.

Durante toda a década de noventa, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela aplicação da prescrição vintenária sob o argumento de o direito a tal pleito indenizatório não é de natureza obrigacional (não se sujeitando, portanto, ao prazo quinquenal previsto no Decreto 20910/32⁴³⁶), mas sim de natureza real. Sendo de direito real, haveria de ser aplicado o prazo de prescrição aquisitiva da usucapião extraordinária que, na vigência do Código Civil de 1916 (art. 177 c/c 550), era de vinte anos⁴³⁷.

Na esteira de decisões semelhantes à transcrita, foi estabelecida a Súmula 119, que possui a seguinte redação: “A ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos”.

⁴³⁵ *Curso de direito civil brasileiro - Direitos das coisas*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 199, 202 e 203.

⁴³⁶ A Medida Provisória 1774-22/99 acrescentou ao art. 10 do Decreto-Lei 3365/41 um parágrafo único com a seguinte redação: “Extingue-se em cinco anos o direito de propor a ação que vise à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público”. No entanto, tal artigo não vem sendo aplicado, tendo sido considerado como inconstitucional por administrativistas de peso como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 783).

⁴³⁷ Nesse sentido, observa-se o seguinte julgado, o qual se encontra, com poucas modificações, reproduzido em diversas outras decisões: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. LEGITIMIDADE PARA AGIR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. I – NÃO HÁ COMO DIVISAR QUALQUER MALTRATO AO ART. 535 DO CPC, QUANDO O TRIBUNAL A *QUO*, INSTADO A SE PRONUNCIAR SOBRE QUESTÕES JÁ APRECIADAS, ENTENDENDO O CARATER INFRINGENTE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, OS REJEITA, FUNDAMENTADAMENTE. II – TANTO A MELHOR DOUTRINA, QUANTO À JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE, TEM FIRMADO ESCÓLIO NO SENTIDO DE QUE, SENDO A AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA UMA AÇÃO DE NATUREZA REAL, COMO SUBSTITUTIVA DA AÇÃO REIVINDICATÓRIA, POR EFEITO DO USUCAPÍO DO EXPROPRIANTE, TEM SEU PRAZO PRESCRICIONAL FIXADO EM 20 (VINTE) ANOS, APLICÁVEL À ESPÉCIE O ART. 177 COMBINADO COM O ART. 550 DO CÓDIGO CIVIL (...)” (STJ, 1. T., REsp 53637/SP, rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, j. em 28/09/1994, v.u. No mesmo sentido, REsp 80536/SP (também da 1. T.), rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. em 29/06/1998, v.u.; REsp 53637/SP (1. T.), rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, j. em 28/09/1994, v.u.).

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a tendência natural, e mais coerente, seria a redução deste prazo para quinze anos, em obediência ao disposto no art. 1.238, *caput* ⁴³⁸, o qual trata, no novo diploma legal, da usucapião extraordinária, para a qual é previsto o prazo mais extenso entre todos aqueles pertinentes a esta espécie de aquisição de propriedade.

No entanto, decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça continuam aplicando a Súmula 119, aparentemente desconsiderando as alterações ocorridas no Código Civil, bem como desvinculando o prazo prescricional da indenização decorrente da desapropriação indireta dos prazos previstos para a usucapião. Neste sentido, observem-se os acórdãos abaixo transcritos, os quais são bastante recentes:

“DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ACÓRDÃO QUE AFASTOU A PRESCRIÇÃO DETERMINANDO O RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. PRAZO PRESCRICIONAL. VINTENÁRIO. SÚMULAS 282 E 356/STF. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. (...)”

III – Este Sodalício tem se manifestado que, tanto para o caso de desapropriação, como para o de limitação administrativa, o prazo prescricional é de 20 anos”⁴³⁹.

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AÇÃO DE NATUREZA REAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SÚMULA 119/STJ. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DOS JUROS COMPENSATÓRIOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 15-B DO DECRETO-LEI 3365/41, INSERIDO PELA MP 1.901-30/99.

⁴³⁸ O referido artigo tem a seguinte redação: “Art. 1.238. Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

⁴³⁹ STJ, 1ª T., AgRg no REsp 932703/SC, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. em 03/04/2008, v.u.

1. A ação indenizatória por desapropriação indireta, de natureza real, sujeita-se ao prazo prescricional vintenário, conforme o disposto na Súmula 119/STJ. (...)”⁴⁴⁰.

Não se pode, obviamente, desconsiderar que, tendo em vista o longo período que os processos normalmente levam desde sua propositura em Primeira Instância até sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, provavelmente as ações propostas depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002 ainda não tenham alcançado tão alto grau de recurso. De qualquer maneira, seria de melhor alvitre a revisão da Súmula 119, já fazendo constar dos acórdãos a pertinência, ou não, de aplicação do Código vigente.

Em Tribunais Estaduais, contudo, já têm surgido decisões baseadas em processos propostos depois de 2002, sendo possível divisar duas orientações: alguns entendem ser aplicável o prazo prescricional de dez anos, conforme previsto no art. 205 do CC, o qual é prazo geral máximo previsto, enquanto outros entendem ser de quinze anos, conforme previsto no art. 1.238, o qual foi anteriormente mencionado⁴⁴¹.

Como partidário do primeiro entendimento, podemos mencionar o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do qual transcrevemos a seguinte ementa, seguida de pequeno trecho do acórdão:

“DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA- PRESCRIÇÃO – PERÍCIA TÉCNICA – VALOR NÃO IMPUGNADO – JUROS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Nas desapropriações indiretas – ações reais – o prazo prescricional é de dez (10) anos, conforme estabelece o art. 205 do Código Civil vigente, contados, segundo o princípio da *actio nata*, no momento do apossamento administrativo ilegal.

(...)

⁴⁴⁰ STJ, 1ª Turma, REsp 997975/SC, rel. Mi DENISE ARRUDA, j. em 08/04/2008, v.u.

⁴⁴¹ MARÇAL JUSTEN FILHO aborda a questão com acuidade, conforme se depreende da seguinte passagem: “Lembre-se que, de acordo com o Código Civil de 2002, o prazo para o usucapião extraordinário foi reduzido de 20 para 15 anos (art. 1238). Por outro lado, o prazo máximo prescricional passou a ser de 10 anos (quando a lei não haja fixado prazo menor – segundo o art. 205). A questão está em aberto, com a perspectiva de revisão do entendimento anterior” (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 454).

O objetivo principal do Poder Judiciário é o de zelar pela estabilidade jurídica imprescindível à paz social. Daí a necessidade de que seja afastada a prescrição por tempo indefinido e que, nas ações ordinárias, é fixado hoje pelo Código Civil vigente em dez (10) anos, contados do nascimento da ação, e que somente se interrompe nas hipóteses enumeradas em lei e aqui inócuentes”⁴⁴².

De outro lado, esposando entendimento de que o prazo adequado é o de quinze anos, encontramos decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujas ementas seguem abaixo transcritas:

“DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA – SÚMULA 119 DO STJ – PREVALÊNCIA, NA ESPÉCIE, MESMO APÓS O NOVO CÓDIGO CIVIL – RECURSOS IMPROVIDOS. É de 20 anos o prazo de prescrição para a ação de desapropriação indireta, nos termos da Súmula 119 do E. STJ, não se cogitando da incidência do lapso de 15 anos, já que inaplicável, na espécie, o art. 1238 do Código Civil de 2002, que reduziu o prazo para o usucapião extraordinário. E isso porque, quando em vigor o novo diploma, já havia decorrido mais da metade do prazo de 20 anos, incidindo, portanto, a regra do seu art. 2028⁴⁴³.

(...)

A jurisprudência há muito se firmou no sentido de que, tratando-se de desapropriação indireta, o prazo prescricional é de 20 anos, tudo nos termos da Súmula 119 do E. Superior Tribunal de Justiça. E isso porque, para o usucapião extraordinário, o prazo era de 20 anos; e se o Poder Público não havia completado ainda o prazo para

⁴⁴² TJMG, 7. Câ. Cível, Apelação Cível, Reexame necessário 1.0148.04.027850-6/001 – Lagoa Santa, rel. WANDER MAROTTA, j. em 12/08/2008, v.u.

⁴⁴³ O referido artigo tem a seguinte redação: “Art. 2028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

usucapir (sem considerar eventual prazo menor pela natureza de imóvel urbano), o particular podia ingressar, portanto, com a ação. A prescrição, assim, sempre foi vintenária, sendo esse entendimento consolidado pela mencionada súmula.

Pois bem. Houve, todavia, um fato novo, oriundo da disciplina prevista no Código Civil de 2002. Porém, mesmo considerando que o quadro atual, consistente na prescrição vintenária, realmente foi alterado pela redução do lapso do usucapião extraordinário para 15 anos, consagrada no art. 1238 do novo diploma, tal disciplina não se aplica ao caso sob exame, em razão de seu art. 2028”⁴⁴⁴.

“APELAÇÃO CÍVEL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CONSTRUÇÃO DE RODOVIA. RST 470. MUNICÍPIO DE CARLOS BARBOSA.

1) Prescrição: Na vigência do CC/16, as ações de desapropriação indireta possuíam prescrição vintenária (enunciado sumular 119 do STJ), sendo esse prazo reduzido para quinze anos com o CCB de 2002. Tendo em vista a regra de transição contida no art. 2028, aplicável o prazo de quinze anos, previsto no atual Código Civil, o qual não se mostrou implementado até a data de propositura da demanda. (...)

Ocorre que a desapropriação indireta apresenta natureza real, apenas não se concedendo a reintegração na posse do imóvel em favor do expropriado em face do manifesto interesse público envolvido. Por isso, substitui-se a reparação por uma indenização pecuniária. O prazo, porém, é o da prescrição aquisitiva, coincidindo com o da ação de usucapião extraordinário, que, no CC/2002, já em

⁴⁴⁴ TJSP, 4ª Câm. de Direito Público, Apelação Cível com revisão 581.636-5/9-00 – Votorantim/Sorocaba, rel. THALES DO AMARAL, j. em 18/09/08, v.u.

vigor quando da propositura da presente demanda em 11/04/2005, foi fixado em quinze anos (art. 1.238)”,⁴⁴⁵.

Posicionamo-nos com o segundo entendimento doutrinário, isto é, entendemos que o prazo prescricional a ser aplicado, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, é de 15 anos, na medida em que o prazo a ser considerado é o específico da usucapião extraordinária.

⁴⁴⁵ TJRS, 3ª Câ. Cível, Apelação Cível 70023726565 – Carlos Barbosa, rel. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, j. em 25/09/08, v.u.

19. CONCLUSÃO.

Uma vez apresentadas nossas conclusões em cada um dos capítulos anteriores, as quais representam nosso entendimento sobre os diversos assuntos discutidos, cumpre-nos apresentar a conclusão final do presente trabalho, que pode ser dividida nos itens abaixo descritos:

1. A partir das diversas exposições doutrinárias relatadas anteriormente, podemos afirmar que a desapropriação, em sua concepção atual, é um procedimento regrado pelo qual a Administração Pública adquire patrimônio geralmente de terceiro particular, com base em um justo título, mediante justa indenização, e cujo fundamento é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

2. Conforme pudemos observar por ocasião do estudo do histórico da desapropriação, esta somente surgiu, com a concepção ora adotada, após a Revolução Francesa, com a efetiva garantia da propriedade privada. Antes deste momento, a desapropriação ocorria de forma arbitrária, e, no mais das vezes, sem a contrapartida indenizatória. Quando, no entanto, verificava-se o ressarcimento do proprietário, este não correspondia obrigatoriamente ao prejuízo suportado pelo particular.

3. Prosseguindo em nosso panorama histórico, observamos que, seja no direito pátrio, seja no alienígena, o instituto da desapropriação sofreu profundas modificações e prossegue desenvolvendo-se continuamente. Especialmente no Brasil, o conteúdo do justo título motivador da desapropriação expandiu sensivelmente, acompanhando os princípios regentes do nosso ordenamento jurídico. Com efeito, em um primeiro momento, somente se admitia a desapropriação em caso de necessidade pública; posteriormente, houve a adoção de um termo mais genérico para justificá-la, isto é, a utilidade pública e, finalmente, esta passou a atender a objetivos sociais. Desta forma, deixou de estar necessariamente correlacionada com a chamada “obra pública”, e passou a se destinar não somente à organização social, mas também a constituir valioso

instrumento de planejamento urbano e sancionatório quando a propriedade não cumpre com a sua função social.

4. Passando-se à análise do instituto da desapropriação propriamente dito, destacamos os elementos que o integram, quais sejam: i) os sujeitos ativo e passivo da expropriação, ii) o objeto passível de ser expropriado; iii) o justo título, e, por fim, iv) a indenização decorrente da perda da propriedade. Procuramos, em nossa análise, colocar em relevo as questões mais discutidas e que geram entendimentos contraditórios por parte da doutrina e da jurisprudência.

5. Acerca deste último aspecto, reitere-se que a desapropriação é um importante instrumento para o cumprimento da função social da propriedade eis que, atualmente, a Administração tem a faculdade de desapropriar imóveis em várias hipóteses em que esta função não seja observada. Quando isso ocorre, a desapropriação passa a ser chamada de “sanção” na medida em que a indenização não mais deverá ser prévia e em dinheiro, como ocorre em outras modalidades. Aliás, como visto anteriormente, há ainda uma hipótese de desapropriação sem qualquer indenização, no caso de utilização de glebas para o cultivo de entorpecentes.

6. Tendo em vista este viés da desapropriação, além de todos os outros elementos que lhe são pertinentes, entendemos que esta é um instituto de direito público, ainda que, muitas vezes, seja objeto de estudo do direito privado.

7. Ademais, sustentamos que a desapropriação, via de regra, é uma forma de aquisição originária. Contudo, no caso de desapropriação amigável, esta passa a ser forma de aquisição derivada, modificando, por completo, suas conseqüências.

8. Outra questão importante e que merece destaque em sede de conclusão refere-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Por mais que certa corrente doutrinária venha questionando o referido princípio, inegável é que este, efetivamente, é o fundamento da desapropriação, como, aliás, fizemos constar de nossa definição do instituto, reiterada no primeiro item desta conclusão.

9. Também não nos furtamos de tecer comentários sobre questões práticas pertinentes à desapropriação, tendo em vista que, em nosso país, infelizmente, a forma pelo qual esta se procede não tem sido das melhores. Com frequência, a praxe

administrativa edita decretos expropriatórios sem recursos financeiros apropriados ou mesmo sem qualquer expectativa de obtê-los, provocando a desvalorização e sensível degradação da área afetada pelo decreto expropriatório.

10. Da mesma forma, é comum a determinação de imissão na posse antecipadamente, com recolhimentos insignificantes a título de indenização, de modo a forçar o particular a pleitear judicialmente o direito a que faz jus. Ocorre que até a decisão definitiva da demanda, que se arrasta por muitos anos e é, geralmente, prolixidade, além do valor indenizatório, o ente público deverá suportar também o pagamento de juros compensatórios e legais, bem como correção monetária, o que faz com que se veja diante de dívidas tão significativas a ponto de comprometer o orçamento público. Deste fato decorrem inúmeras situações tais como a limitação da atuação administrativa, que implica, freqüentemente, na demissão de funcionários e servidores públicos, ou o questionamento, até a presente data sem sucesso, perante o Poder Judiciário de tais débitos, fundado em teorias como a da flexibilização da coisa julgada ou com sustentáculo no próprio princípio constitucional da justa indenização.

11. Ainda no que diz respeito às práticas nocivas do Poder Público, mencione-se a desistência constante de procedimentos expropriatórios, mesmo após a imissão provisória, a qual cria um desnecessário conflito entre o particular e a Administração. Tal procedimento, somado ao fato da principal norma de regência ter sido editada em um período autoritário e de alguns artigos possuírem constitucionalidade duvidosa, força-nos a afirmar a necessidade de um novo marco normativo sobre a matéria.

12. Independentemente destas considerações, ressaltamos a existência de três normas recentes que certamente afetam e inovam a disciplina do presente tema. A primeira delas trata-se da Lei de Responsabilidade Fiscal que, em seu art. 16, vem reforçar nosso entendimento de que se faz necessário o planejamento financeiro-orçamentário, já por ocasião do decreto expropriatório. Esta prática, em tese, evitaria boa parte dos inúmeros problemas apontados anteriormente na praxe administrativa.

13. A segunda norma de grande relevância para a matéria é o Estatuto da Cidade que traz duas novas situações de desapropriação: a) a desapropriação sanção urbanística, que visa coibir o uso especulativo dos imóveis urbanos; b) e a desapropriação por ilícito administrativo, que ocorre quando o particular realiza fraude, contra a Administração

Pública, no momento da notificação obrigatória decorrente do direito de preempção. Em nosso entender, nestas duas situações do Estatuto da Cidade, há um descompasso com a Constituição Federal, especialmente no que tange ao princípio constitucional da justa indenização, pois a indenização prevista nestes casos está vinculada ao valor venal do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU). Além disto, a lei, ao regulamentar o instituto da preempção, traz, sem sombra de dúvida, uma ótima alternativa para a desapropriação, seja para a Administração, seja para o particular, na medida em que esta reduz sensivelmente o conflito entre estas partes e permite ao Poder Público se planejar para operações futuras (obras, criação de parques, por exemplo), despendendo valores econômicos ao longo dos exercícios financeiros.

14. Por fim, o novo Código Civil regulamenta, em seu art. 1228, §5.º, outra hipótese de desapropriação, reveladora de clara preocupação social, denominada de “desapropriação judicial ou privada”, cujos contornos foram devidamente explicitados anteriormente. Ainda neste corpo normativo de direito privado, há outro dispositivo de interesse desta matéria: o art. 1238, *caput*, que altera o prazo da usucapião extraordinária de 20 (vinte) para 15 (quinze) anos. Como esclarecemos, esta modificação afetará diretamente o prazo de prescrição para o ingresso da ação de desapropriação indireta realizada pelo particular quando sua propriedade sofre uma restrição ou ocupação em dissonância com o ordenamento jurídico.

Por meio dos tópicos acima deduzidos, buscamos abordar as principais conclusões parciais obtidas no transcorrer da dissertação, de modo a produzir um fio condutor que fizesse com que este estudo se mostrasse coerente e coeso em torno de um objetivo: a caracterização da desapropriação como um instituto que adquiriu sua feição atual com o passar do tempo, que foi influenciado por aspectos não exclusivamente jurídicos, mas também políticos e sociais, e que, por fim, continua sendo alvo de constantes modificações, especialmente em virtude das legislações acima mencionadas. Tais modificações, contudo, ainda não são suficientes para a plena integração da desapropriação ao panorama jurídico atual, motivo pelo qual, certamente, a matéria continuará sofrendo diversas alterações, de modo a torná-la sempre um objeto interessante de estudo aos pesquisadores das diversas áreas do Direito.

20. BIBLIOGRAFIA.

AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro – Lei n. 4320 comentada ao alcance de todos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ALEGRIA, Cristina Arenas. *La causa expropiatoria: evolución, límites y control*. Tese de doutorado apresentada na Universidade de Deusto - Espanha, fev. 2002.

ALVES, Jones Figueiredo; RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Novo Código Civil confrontado com o Código Civil de 1916*. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.

ANDRADE, Letícia Queiroz. *Desapropriação de bens públicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo*. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007, p. 1-22.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007, p.171-216.

AZEVEDO, Eurico de Andrade de. *Direito de preempção*. In: MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, p. 177-91.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Apontamentos sobre o poder de polícia*. São Paulo, Revista de Direito Público, ano III, v. 9, p. 55-68, jul/set. 1969.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*. São Paulo, Revista de Direito Público, ano XX, v. 84, p. 39-45, out/dez. 1987.

_____. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARREIRA, Maurício Balesdent. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARTOLOMEI, Franco. *L'expropriazione nel diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, 1970.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERNARD, Antoine; HUYGHE, Michel. *Expropriation des biens*. 11. ed. Paris: Le Moniteur, 2006.

BEZNOS, Clovis. *Desapropriação em nome da política urbana*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 118-36.

_____. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Alice Gonzáles. *Supremacia do interesse público: Desconstrução ou reconstrução?* Disponível no sítio www.direitopublico.com.br, consultado em 05.08.2007.

BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard. *Le droit administratif français*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2002.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

BUTT, Paul. *Housing*. In: PRITCHARD, Jonh (Org.). *Guide to the law*. Londres: Penguin Books, 2004, p. 169-278.

CANASI, José. *Tratado teórico practico de la expropiacion publica*. Buenos Aires: La ley, 1967.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1973.

CARINGELLA, Francesco; PALMA, Michele. *Potere espropriativo e proprietà privata*. Milão: Giuffrè, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Propriedade, política urbana e Constituição*. Belo Horizonte, Fórum de Dir. Urbano e Ambiental – FDU, v. 3, n. 14, p. 1479-89, mar/abr. 2004.

CASAS, Juan Alberto; VILLANUEVA, Horacio J. Romero. *Expropriation*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. v. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

CONTICELLI, Martina. *L'expropriazione*. In: CASSESE, Sabino (Org.). *Trattato di diritto amministrativo*. t. II. Milão: Giuffrè, 2000, p. 1445-520.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

CORREIA, Fernando Alves. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982.

CORREIA SOBRINHO, Adelgício de Barros; ARAUJO, Aldem Jonhston Barbosa. *A lei de responsabilidade fiscal em linhas gerais*, Jus Navigante, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002, disponível no sítio <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2522>, consultado em 01.01.2009.

COSTA, Regina Helena. *Instrumentos tributários para a implementação da política urbana*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 101-17.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense: 1986.

_____, *Desapropriação – Desistência – Restitutio in integrum*. Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, n. 163, p. 285-96, jan/mar. 1986.

_____, e CRETELLA, Agnes. *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ, André Luis Vinhas. *O Estatuto da Cidade e a questão do pagamento da indenização pela desapropriação sancionatória em títulos da dívida pública*. Belo Horizonte, Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, v. 3, n. 18, p. 2023-33, nov/dez. 2004.

CUNHA, Sérgio Sérulo. *Posse, propriedade e Estado de Direito*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 24, p. 115-22, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu. *Instrumentos de política urbana*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da cidade*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 72-86.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELPINO, Luigi; DEL GIUDICE, Federico. *Diritto Amministrativo*. 15. ed. Nápoles: Simone, 2008.

DERANI, Cristiane. *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da sua função social*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 34, p. 51-60, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito de superfície*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 173-92.

_____. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 48, p. 63-76, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. v. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil brasileiro – Direito das coisas*. v. 4. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DROMI, José Roberto. *Nuevo estado, nuevo derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

_____. *Derecho administrativo*. 11. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006.

DUARTE, Francisco Carlos. *Ação de indenização por desapropriação indireta*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Da propriedade como conceito jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 76, n. 621, p. 16-39, jul. 1987.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito constitucional brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, n. 14, p. 01-22, out/dez. 1948.

_____. *Aspectos jurídicos do solo criado*. Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, n. 129, p. 05-10, jul/set. 1977.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Edusp, 1996.

FERNANDES, Edésio. *Direito e urbanização no Brasil*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 203-32.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual prático das desapropriações*. São Paulo: Saraiva, 1976.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

GALDI, Massimo. *Il diritto di proprietà e potere espropriativo dello Stato nella Costituzione e nel diritto vigente*. Tese de láurea apresentada na Università Cattolica Del Sacro Cuore di Milano, 2001-2002, disponibilizada no sítio www.tesisonline.com, consultada em 01.02.2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito de preempção*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 193-222.

_____. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. DALLARI, Adilson Abreu; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Desapropriação*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 20, n. 8, p. 851-64, ag. 2004.

GIGENA, Julio Isidro Altamira. *Lecciones de derecho administrativo*. Córdoba: Advocatus, 2005.

GODFRIN, Philippe; DEGOFFE, Michel. *Droit administratif des biens – domaine, travaux, expropriation*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2007.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo - parte geral*. t. 2. Buenos Aires: Macchi-Lopez, 1975.

GRAU, Eros Roberto. *Solo criado - Carta de Embu*. São Paulo: CEPAM, 1977.

_____. *Conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRISEL, André. *Droit administratif suisse*. Neuchâtel: Éditions Ides et Calendes, 1975.

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. *Desapropriação judicial no Código Civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v. 838, p. 97-103, mar. 2005.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação doutrina e prática*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

HOUSTIOU, René; STRUILLLOU, Jean-François. *Expropriation et préemption – aménagement, urbanisme, environnement*. 3. ed. Paris: Litec, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KOJRANSKI, Nelson. *Direitos reais*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva (Coords.). *O novo Código Civil – homenagem ao Prof. Miguel Reale*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1014-49.

LASO, Enrique Saygués. *Tratado de derecho administrativo*. t. II. 3. ed. Montevideo: Daniel H. Martins, 1974.

LENTINI, Arturo. *Le espropriazioni per causa di pubblica utilità*. Milão: Società Editrice Libreria, 1936.

LOPES, Manuel Baptista. *Expropriações por utilidade pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1968.

MACHADO, J. Teixeira; e REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de responsabilidade fiscal*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2002/2003.

MACRUZ, João Carlos; MACRUZ, José Carlos; MOREIRA, Mariana. *O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos*. São Paulo: LTr, 2002.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Fábio Maria de Mattia, 2006.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *O direito de propriedade e o instituto do usucapião no Código Civil de 2002*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Orgs.). *Questões controvertidas*. v. 1. São Paulo: Método, 2006, p. 285-96.

_____. *Limitações ao direito de propriedade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Direitos reais*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Código civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1262-1631.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. t. IV. 6. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Outorga onerosa do direito de construir (solo criado)*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 223-46.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____; PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. *Direito fundamental de propriedade. Atendimento à função social. Requisitos para desapropriação para fins de reforma*

agrária. Vícios formais e materiais do processo administrativo. Cabimento de mandado de segurança. Revista dos Tribunais, v. 96, n. 859, p. 127-52, mai. 2007.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Da destinação dos bens expropriados*. Tese de livre docência apresentada na Universidade de São Paulo, 1981.

_____. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Estudos e pareceres de direito público*. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Direito de construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESQUITA, Rodrigo Octávio Godoy Bueno Caldas. *Desmitificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 97, n. 869, p. 66-100, mar. 2008.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MONTEIRO, Vera. *Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 87-100.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 3. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade fiscal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MOURA E CASTRO, Flávio Régis Xavier. *Lei de responsabilidade fiscal*. In: MOURA E CASTRO, Flávio Régis Xavier (Org.). *Lei de responsabilidade fiscal – abordagens pontuais – doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 11-42.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas/ Renovar, n. 225, p. 343-348, jul/set. 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOGUEIRA, Rubem R. *Controle judicial das desapropriações por interesse público*. São Paulo: Revista de Direito Público, ano VII, v. 30, p. 5-16, jul/ag. 1974.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Responsabilidade fiscal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; _____. *Manual de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OYAHANARTE, Julio. *La expropriation y los servicios públicos*. Buenos Aires: Perrot, 1957.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

PAES, Pedro Cansado; PACHECO, Ana Isabel; BARBOSA, Luis Alvarez. *Código das expropriações*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

PIERRO JÚNIOR, Miguel Thomaz di. *A desapropriação urbanística*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2003.

QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Alex Sandro. *Posse pro labore no novo Código Civil: anotações*. Porto Alegre, Revista Síntese do Direito Civil e Processual Civil, v. 4, n. 23, p. 148-51, mai/jun. 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil - Direito das coisas*. v. 5. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSANO, Michele. *L'expropriazione per pubblica utilità*. Turim: UTET, 1964.

SABINO JÚNIOR, Vicente. *Desapropriação*. São Paulo: Brasilivros, 1980.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Cacilda Lopes. *Transferência do direito de construir*. In: MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, p. 366-79.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *Outorga onerosa (solo criado) no projeto de Lei 5.788 de 1990*. In: MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, p. 313-34.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007, p. 23-116.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOARES, Lucécia Martins. *Estudo de impacto de vizinhança*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 300-16.

SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil – Concursos públicos – Direitos das coisas*. v. 4. São Paulo: Método, 2008.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciqueira. *Lei de responsabilidade fiscal*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. V. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

UELZE, Hugo Barroso. *Desapropriação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 95, n. 851, p. 697-735, set. 2006.

UYEDA, Massami. *A desistência da desapropriação*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação de José Cretella Junior, 1987.

VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código civil comentado – artigos 1196 a 1368*. v. XII. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). São Paulo: Atlas, 2007.

VILLEGAS, A. Walter. *Expropiación por causa de utilidad pública*. Buenos Aires: Compañía Imprensa Argentina, 1939.

VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo*. v. 1. Milão: Giuffrè, 1983.

ZAGO, Livia Maria Armentano Konigstein. *Uma leitura do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, n. 225, p. 327-41, jul/set. 2001.

RESUMO:

A desapropriação, instituto de direito público, ao longo dos tempos, vem sofrendo profundas modificações, as quais são abordadas no presente trabalho, analisadas a partir da evolução histórica da matéria no direito alienígena e no brasileiro. Após discorrermos sobre o conceito de desapropriação, seus elementos e características, bem como tecermos comentários sobre as diversas espécies de desapropriação, passamos ao estudo de três normas recentes que tiveram relevante impacto sobre os contornos do instituto: a Lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar 101/00), que exige um planejamento financeiro administrativo antes de que seja dado início ao processo expropriatório; o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) que criou duas novas modalidades de desapropriação; e, por fim, o Código Civil de 2002 que, com claro escopo social, regulamenta uma outra forma de desapropriação, a chamada desapropriação judicial. Além disso, esta mesma legislação afeta diretamente a prática da ação de desapropriação indireta, especialmente no que se refere ao prazo prescricional. Desta maneira, concluímos nosso trabalho com a caracterização da desapropriação como um instituto que adquiriu sua feição atual por meio de um processo contínuo de modificações originadas não somente por questões jurídicas, mas também por aspectos políticos e sociais, que fazem com que a desapropriação se encontre em constante desenvolvimento e demande profundos estudos por parte da doutrina.

Palavras Chaves: Direito Público. Restrições ao direito de propriedade. Desapropriação. Inovações. Lei de Responsabilidade Fiscal. Estatuto da Cidade. Código Civil.

ABSTRACT:

The expropriation (or compulsory purchase), a public Law institution, throughout time, has been passing through extreme modifications, that are discussed in this essay, analyzed from the subject's historic evolution in foreign and Brazilian law. After the study of the expropriation concept, its elements and characteristics, as well as the commentary of the expropriation's diverse species, we pass to the study of three recent laws that had relevant impact over the outline of the institution: Fiscal Responsibility Law (LC 101/00), that demands a financial and administrative planning before the expropriation process beginning; City Statute (L. 10.257/2001), that created two new expropriation models; and, finally, 2002 Civil Code, that with indubitably social purpose, regulate another expropriation form, called judiciary expropriation. Besides that, this same legislation affects directly the taking, or injurious affection, action practice, especially in which concerns to the prescription deadline. In this matter, we conclude our essay with the expropriation's characterization as an institution that acquired its current feature by the means of a continuous process originated not only by juridical questions, but also by political and social aspects, that caused a constant developing expropriation, demanding deep doctrinaire studies.

Keywords: Public Law. Propriety rights limitations. Expropriation. Innovations. Fiscal Responsibility Law. City Statute. 2002 Civil Code.