

**VINÍCIUS MONTE CUSTODIO**

**EXPROPRIAÇÕES POR UTILIDADE PÚBLICA:  
UM NOVO OLHAR SOBRE O DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente.

Orientador: Senhor Doutor Fernando Alves  
Correia

**COIMBRA**

**2013**

Custodio, Vinícius Monte

Expropriações por utilidade pública: um novo olhar sobre o direito brasileiro / Vinícius Monte Custodio – Coimbra, 2013.

\_\_\_\_\_ fls.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2013.

Bibliografia: f. \_\_\_\_\_

Orientador: Senhor Doutor Fernando Alves Correia

1. Evolução histórica das expropriações 2. Considerações gerais 3. A utilidade pública 4. A justa indenização 5. Controle judicial das expropriações

**VINÍCIUS MONTE CUSTODIO**

**EXPROPRIAÇÕES POR UTILIDADE PÚBLICA: UM NOVO OLHAR SOBRE O  
DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente.

Data da defesa: \_\_\_\_\_  
Resultado: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

\_\_\_\_\_  
**Senhor Doutor Fernando Alves Correia**  
**Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

\_\_\_\_\_  
**Examinador 1**  
**Instituição**

\_\_\_\_\_  
**Examinador 2**  
**Instituição**

**COIMBRA**  
**2013**

*Dedico este trabalho a meus queridos pais,  
que, além de me agradecerem com o dom da  
vida, jamais me deixaram faltar carinho e  
suporte incondicionais, fundamentais para  
que até aqui pudesse eu caminhar.*

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço a meus pais por tudo. A dívida de gratidão que os filhos carregam para com seus pais é algo que nunca poderá ser saldada; é um débito eterno que se inicia com a concepção e continua para além da vida. Nenhum sentimento humano equipara-se, em altruísmo e abnegação, ao amor parental, pois, parafraseando nosso homônimo e grandioso poeta Vinícius de Moraes, mesmo que não seja imortal, porque é chama, é infinito enquanto dura.

Agradeço ao Senhor Doutor Fernando Alves Correia, professor catedrático de Direito do Ordenamento e do Urbanismo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que me orientou ao longo da confecção desta dissertação.

Agradeço à Senhora Dra. Fernanda Paula de Oliveira, professora auxiliar de Direito do Ordenamento e do Urbanismo e de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra, pela grande atenção que me dispensou quando lhe procurei para debater meu tema.

Agradeço a meu amigo Marcelo de Almeida Ruivo, doutorando em direito da Universidade de Coimbra, pela intensa troca de ideias jurídicas mantida e por sempre me procurar passar sua experiência acadêmica.

Agradeço a minha amiga Maéve Diehl, doutoranda em direito da Universidade de Coimbra, pelas reuniões de debate jurídico que fizemos e pela solicitude ímpar na revisão desta dissertação a que se seguiram valiosas sugestões.

Agradeço também a meu amigo, de futuro auspicioso, Túlio de Medeiros Jales, graduando em direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pela grande amizade e pelo constante interesse demonstrado em meu tema.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

a.a. – ao ano

art. – Artigo

AC – Apelação Cível

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AI – Agravo de Instrumento

AgRg – Agravo Regimental

CC – Código Civil de 2002

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CTN – Código Tributário Nacional

Dec. – Decreto

Des. – Desembargador

DL – Decreto-Lei

DUP – Declaração de Utilidade Pública

EC – Emenda Constitucional

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo

LC – Lei Complementar

LF – Lei Federal

LGD – Lei Geral das Desapropriações

MC – Medida Cautelar

Min. – Ministro

MP – Medida Provisória

MS – Mandado de Segurança

PDM – Plano Diretor Municipal

RDA – Revista de Direito Administrativo

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RMS – Recurso no Mandado de Segurança

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência

ss. – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

## INTRODUÇÃO

As expropriações ou desapropriações são inegavelmente um dos temas de direito do urbanismo que mais repercute na vida dos cidadãos, por lhes tocar profunda e diretamente em seu patrimônio privado. Apesar da grande importância que esse instituto jurídico reveste, a legislação brasileira pertinente é deveras antiga e, em muitas partes, defasada. Elementos de relevância crucial na teoria das desapropriações são completamente ignorados pela lei, ficando a cargo dos doutrinadores e dos tribunais a missão de colmatá-la.

Assim sendo, o que faremos neste trabalho será precisamente uma exposição do direito posto, somado às visões da doutrina e da jurisprudência, sempre nos buscando posicionar nos pontos críticos. Não hesitaremos, portanto, em lançar mão do direito comparado como forma de contribuir para uma concepção menos ensimesmada do direito brasileiro e para apontar caminhos alternativos para resolver velhos problemas.

É, pois, nossa proposta aqui expor a temática das expropriações por utilidade pública no direito brasileiro com um olhar inovador e sem receio de desbravar novas trilhas dogmáticas.

No capítulo 1, faremos um breve apanhado das principais transformações havidas com o instituto da expropriação até os dias atuais. Os dois aspectos mais relevantes deste capítulo são: (I) a compreensão de como as causas de legitimidade das expropriações evoluíram, partindo da restritiva ideia de necessidade pública, alargando-se para as situações de utilidade pública e culminando nas causas de interesse social; e (II) a ampliação do objeto da desapropriação, inicialmente apenas a propriedade imobiliária ou os direitos reais a ela inerentes e hodiernamente quaisquer bens jurídicos dotados de valor patrimonial.

No capítulo 2, inicialmente, mostraremos uma panorâmica das desapropriações no direito positivo brasileiro, *maxime* na Constituição e na Lei Geral das Desapropriações, sem olvidar outros diplomas pertinentes. Em seguida, apresentaremos nosso conceito formalista de expropriação, contrapondo-o à corrente dogmática substancialista e



demonstrando como definir o correto regime indenizatório aplicável aos particulares (regime da justa indenização por desapropriação ou regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos lícitos). Discorreremos, ainda, sobre o objeto e os sujeitos envolvidos na expropriação, bem como seus pressupostos de legitimidade.

No capítulo 3, após havermos esclarecido nos capítulos que lhe precedem que o conceito de utilidade pública atualmente é um conceito em sentido amplo, compreendendo causas de necessidade pública, de utilidade pública propriamente dita e de interesse social, bem como todas as demais que representem um interesse público, procuraremos afastar a falsa ideia de que interesses coletivos têm primazia sobre interesses privados.

A proposta central desse capítulo é maximizar a legitimidade democrática das DUPs, desverticalizando ou desacentuando a verticalização do processo de tomada de decisões públicas. Para tanto, sugeriremos a incorporação da sistemática das *enquêtes publiques* do direito francês como mecanismo de aproximação dos cidadãos (interessados) à Administração Pública, o que refletiria positivamente na qualidade do controle judicial das expropriações.

No capítulo 4, esmiuçaremos a principal garantia dos expropriados, qual seja a justa indenização. Entretanto, antes de avançarmos sobre seu sentido e alcance, far-se-á necessário esclarecer o significado da função social da propriedade, de modo a estremar as intervenções do Estado sobre a propriedade dos particulares as quais devem ser acompanhadas de compensação daquelas que tão-só visam à definição de seu conteúdo (da propriedade), portanto sem sujeição a qualquer dever indenizatório.

De seguida, vamos explicar o significado de justa indenização, quais os critérios existentes para sua tradução monetária, quando ela deve servir de base regimental para a indenização de prejuízos impostos aos proprietários e quando ela deve ser afastada.

Finalmente, trataremos do conteúdo e da extensão da justa indenização por desapropriação, bem como dos diferentes tipos de prejuízos que podem acometer os particulares em decorrência dela.

E por fim, no capítulo 5, o mais extenso e propositivo desta dissertação, discorreremos sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, em especial das

DUPs, no direito brasileiro. Começaremos-lo pela apresentação do modelo de jurisdição una vigente no Brasil e, dando prosseguimento, discorreremos sobre a teoria da discricionabilidade administrativa.

Seguindo a sistemática imposta pela LGD e por razões de ordem didática, dicotomizaremos o controle judicial das expropriações em: (I) controle judicial constricto ou não substancial; e (II) controle judicial autônomo ou substancial. Quanto ao primeiro tipo de controle, ele se realiza dentro da própria ação de desapropriação e não analisa a substância da DUP, apenas versa sobre os vícios do processo judicial ou sobre o valor da indenização.

Quanto ao último, ele é feito em ação direta para a discussão de todas as demais questões atinentes à substância da declaração expropriatória. Nessa modalidade, colhemos da jurisprudência do Conseil d'État, mais precisamente do recurso por excesso de poder, importantes contributos para a evolução do controle judicial das expropriações na jurisprudência brasileira.

## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS EXPROPRIAÇÕES

A trajetória da expropriação passou por diversas mutações até ser plasmada nos moldes que encontramos nos dias atuais. Podemos afirmar com Alves Correia que, no direito romano, a propriedade privada possuía natureza absoluta e inviolável e que a expropriação, como uma instituição jurídica, foi desconhecida.<sup>1</sup>

No período medieval, a desapropriação foi havida como toda e qualquer subtração de bens do particular em decorrência da autoridade do soberano, seja quem fosse o seu beneficiário (uma entidade pública ou outro particular). O contributo primordial dessa época foi a consagração – claro está que sem os contornos atuais – de dois dos pressupostos de legitimidade das expropriações: a causa de utilidade pública e a justa indenização.<sup>2</sup>

Com o fim do feudalismo e a ascensão dos Estados Nacionais, a tônica do absolutismo espalhou-se também para o domínio das desapropriações. O rei não estava vinculado aos princípios do Estado de direito – tal como o princípio da separação de Poderes – e os súditos não detinham quaisquer mecanismos de proteção de seus bens particulares contra os arbítrios monárquicos. Não havia controle judicial dos atos do soberano, tampouco uma subordinação de seus atos expropriatórios à lei, na verdade, o rei estava mesmo acima do próprio direito.<sup>3</sup>

As revoluções liberais burguesas as quais varreram a Europa nos séculos XVIII e XIX vieram com o escopo precípuo de limitar os poderes do monarca e de garantir uma série de direitos fundamentais vinculados tanto com a liberdade quanto com a propriedade privada. Dessas revoluções emergiram Constituições escritas que impuseram, *maxime* a separação dos poderes de Estado; a limitação da intervenção administrativa na propriedade privada à prévia autorização legal emanada pelo Parlamento; e a possibilidade de os particulares submeterem os atos expropriatórios da Administração à revisão judicial. Assim, a regra era o direito ilimitado da propriedade e as expropriações configuravam

---

<sup>1</sup> *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982, pp. 16-17.

<sup>2</sup> *Idem*, pp. 18-19.

<sup>3</sup> *Idem*, pp. 20-25.

excepcionalidades que deveriam estar condicionadas às seguintes garantias do particular: (I) a existência de uma utilidade pública; (II) uma indenização justa e prévia; (III) e a adjudicação judicial da propriedade por sentença. Nesse mesmo período, a doutrina alemã autonomizou o conceito de expropriação por meio de várias leis que visavam à aquisição de bens imóveis dos terrenos para obras públicas, especialmente a abertura de estradas de ferro. Por força desse conceito devemos compreender as expropriações cujo objeto fosse tão-só bens imóveis ou outros direitos reais a eles inerentes, para atender o interesse público, fundado na lei, que implicasse a transferência de propriedade para uma empresa pública e mediante indenização integral do expropriado.<sup>4</sup>

Entretanto, com o passar do tempo, o sentido desse instituto foi duplamente ampliado: (I) no tocante às causas que legitimam a expropriação; e (II) naquilo que concerne ao objeto da desapropriação. Começando pelo primeiro, como veremos adiante, as expropriações são intervenções do Estado no direito de propriedade privada e que têm como um dos pressupostos de legitimidade o princípio da utilidade pública, mas isso nem sempre foi assim. O art. 17º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), derivada da Revolução Francesa, definia a propriedade como «*un droit inviolable et sacré*» cuja privação unicamente poderia ser justificada diante de uma «*nécessité publique*». Essa condição deveras restritiva foi modificada ulteriormente no art. 545º do Código Civil Napoleônico (1804) pela atual expressão utilidade pública.<sup>5</sup>

No Brasil, o Dec. de 21 de maio de 1821, o primeiro diploma legal sobre o tema, também se pautava pela linha ideológica liberal da Revolução Francesa, porém, com a Lei de 09 de setembro de 1826, na mesma esteira do Código Civil Napoleônico, passou-se a reconhecer tanto causas de necessidade (art. 1º) quanto de utilidade públicas (art. 2º) como legitimadoras das desapropriações.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., pp. 25-31.

<sup>5</sup> Idem, p. 32.

<sup>6</sup> “Art. 1.º A única exceção feita á plenitude do direito de propriedade conforme a Constituição do Império, Tít. 8.º, art. 179, § 22, terá lugar quando o bem publico exigir uso, ou emprego da propriedade do cidadão por necessidade nos casos seguintes:

1.º Defesa do Estado.

2.º Segurança publica.

3.º Socorro público em tempo de fome, ou outra extraordinária calamidade.

4.º Salubridade publica.

Art. 2.º Terá lugar a mesma exceção, quando o bem publico exigir uso, ou emprego da propriedade do cidadão por utilidade previamente verificada por ato do Poder Legislativo, nos casos seguintes:

Como se nota, contudo, a noção de utilidade pública confundia-se, então, com a de obras públicas, porém, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, essa concepção sofreu uma mutação. Surgiam assim cláusulas mais abrangentes para a fundamentação do ato expropriatório da propriedade: o interesse social, nacional ou geral.<sup>7</sup> No direito brasileiro, foi o art. 141, § 16º, da Constituição de 1946 que incluiu o interesse social como causa legítima de expropriação.<sup>8</sup> A partir dessa revisão das razões legitimadoras da expropriação, podemos sustentar que, muito embora algumas Constituições e diplomas legais continuem a empregar o termo «utilidade pública», a leitura que lhe é feita hodiernamente é demasiadamente mais extensiva que outrora.

Quanto aos bens jurídicos que estão sujeitos à expropriação, se, no século XIX, a essência do conteúdo patrimonial era a propriedade imobiliária e o conceito de expropriação tradicional, devido à aludida confusão entre utilidade pública e obra pública, somente autorizava que a privação da propriedade recaísse sobre um bem imóvel ou sobre os direitos reais que lhe dizem respeito. Contudo, a Constituição de Weimar (1919) sinalizou uma notável mudança de rumos. Isso porque a partir da exegese de seu art. 153º, a doutrina alemã, em especial a contribuição de Martin Wolff, avançou no sentido de que o conceito de propriedade para efeitos de expropriação não era o mesmo daquele do direito civil, que compreendia apenas os bens de natureza material (direitos reais). Na verdade, a propriedade, para tais fins, passou a ser entendida como quaisquer direitos subjetivos particulares dotados de valor patrimonial (*vermögenswerte Privatrechte*) e, assim, deixou de ser necessário que o objeto da expropriação fosse um bem imóvel.<sup>9</sup> Sem embargo, refira-se que o art. 660 do Código Civil de 1916, portanto, anterior à Constituição de Weimar, já dispunha sobre a desapropriação de direitos autorais.<sup>10</sup>

---

1.º Instituições de caridade.

2.º Fundações de casas de instrução de mocidade.

3.º Comodidade geral.

4.º Decoração pública.”

<sup>7</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., p. 33.

<sup>8</sup> “§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por **interesse social**, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior” – grifos nossos.

<sup>9</sup> Idem, pp. 36-37.

<sup>10</sup> “Art. 660. A União e os Estados poderão desapropriar por utilidade pública, mediante indenização prévia, qualquer obra publicada, cujo dono a não quiser reeditar.”

## 2. CONSIDERAÇÕES GERAIS

### 2.1. Enquadramento normativo do instituto da expropriação no Brasil

As expropriações – mais comumente conhecidas no Brasil como desapropriações – são corolários da própria ideia de propriedade privada, é dizer, não existisse a garantia fundamental ao direito de propriedade, não haveria de se falar no instituto da expropriação pela absoluta inexistência de objeto. Qual é o sentido e como expropriar aquilo que pertence a todos (*res publica stricto sensu*)?<sup>11</sup> Qual é o sentido e como expropriar aquilo que não está sujeito à apropriação (*res nullius*)? Logo, qualquer estudo que busque analisar juridicamente as expropriações deverá tomar como ponto de partida a proteção constitucional oferecida ao direito de propriedade.

A CRFB erigiu o direito de propriedade como uma garantia fundamental (art. 5º, inciso XXII), mas a propriedade deve atender à sua **função social** (art. 5º, inciso XXIII). Além do mais, com base em **necessidade ou utilidade pública**, ou **interesse social**, pode-se desapropriar, mediante **justa e prévia indenização em dinheiro**, ressalvados os casos previstos na Constituição, **nos termos que a lei estabelecer** (art. 5º, inciso XXIV).

As expropriações por utilidade pública são reguladas pelo DL nº 3.365, de 21 de junho de 1941, também chamado de Lei Geral das Desapropriações, e as expropriações por interesse social reguladas pela LF nº 4.132, de 10 de setembro de 1962. Cumpre informar que o legislador brasileiro optou por estabelecer nos próprios diplomas legais quais são as causas de utilidade pública (art. 5º da LGD) e quais são as causas de interesse social (art. 2º da LF nº 4.132/1962), diferentemente, por exemplo, de Portugal, onde o sentido e o alcance das causas de utilidade pública são indeterminadas e concretizadas na declaração expropriatória (administrativa ou legal). Analisaremos tais causas mais a fundo quando tratarmos do **princípio da utilidade pública** (cfr. tópico 2.5.2).

---

<sup>11</sup> No direito brasileiro, o art. 2º da LGD preconiza que “[m]ediante DUP, **todos os bens poderão ser desapropriados** pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios” – grifos nossos.

A partir desse preceito legal, a doutrina majoritária construiu o entendimento que os bens públicos são suscetíveis de desapropriação, porém, com a devida vênia, pensamos que lhes assiste razão apenas parcial. A nosso ver, somente no caso dos bens dominicais existe uma expropriação, porque, nas demais situações, estamos perante a figura jurídica da **mutação dominial** ou da **transferência de domínio**. Sobre essa figura falaremos mais detalhadamente à frente.

Em matéria de urbanismo, o art. 182º da CRFB versa sobre as **desapropriações urbanísticas ordinárias**, também conhecidas por **expropriações acessórias ao plano**, consignando que “[a] política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (*caput*) e que, para tanto, “[a]s desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro” (§ 3º). Assim, com vista à concretização das desapropriações urbanísticas ordinárias, o art. 5º, alínea i), da LGD define as hipóteses de aplicação do referido preceito constitucional, a saber: “a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais”.

Ainda como importante instrumento jurídico de gestão territorial, encontramos a **desapropriação urbanística sancionatória**, prevista no art. 182, § 4º, inciso III, da CRFB. Dispõe essa norma que “§ 4º – É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para **área incluída no plano diretor**, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:” (...) “III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”. O dispositivo constitucional o qual acabamos de mencionar é regulamentado pela LF nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, definindo seu art. 8º que: “Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.”

Também relevante é o novel instituto da **desapropriação judicial**<sup>12</sup>, advindo do art. 1.228, §§ 4º e 5º, do CC. Sem correspondência no Código Civil anterior (1916), o diploma

---

<sup>12</sup> Acerca da natureza jurídica desse instituto, a doutrina despejou rios de tinta na tentativa de defini-lo com precisão. Entre as correntes doutrinárias de maior relevo existe quem defenda ser caso de **usucapião especial coletiva ou onerosa**; alguns avançam a teoria da **posse-trabalho**; outros aduzem estar-se diante do **exercício de um contradireito**; outros mais advogam a tese da **desapropriação especial**; mas cremos assistir razão aos que pugnam pela hipótese de **desapropriação judicial**.

atualmente em vigor prevê que “§ 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.**” e que “§ 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.”

Deveras, não temos grande dificuldade em reconhecê-la (a desapropriação judicial) como caso atípico de desapropriação, distinta das expropriações administrativas e legais, mas igualmente compatível com a Constituição. Reitere-se que os limites constitucionais ao poder de expropriar são obviamente aqueles determinados pelo Poder Constituinte, quais sejam uma causa de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social; a justa e prévia indenização em dinheiro; e nos termos que a lei estabelecer.

Corroborando nossa tese, Carvalho Filho aduz que a «expropriação social» diferencia-se da expropriação tradicional, porque (I) naquela o promotor da expropriação é um particular, enquanto que nessa a tarefa incumbe ao Estado; e (II) se a primeira é regida por normas de direito privado, a última situa-se na seara do direito público. Embora

---

Primeiramente, afastamos a possibilidade de **usucapião especial coletiva ou onerosa**, porque, sendo a usucapião modalidade de aquisição originária da propriedade, o termo não se compatibiliza com a justa indenização prevista no art. 1.228, § 5º.

Em segundo lugar, discordamos da teoria da **posse-trabalho**, pois que, em nosso entendimento, ela não se presta a tracejar suficientemente bem o sentido e o alcance do instituto em comento, vez que não se adquire a propriedade nem com a posse nem com o trabalho, mas com o pagamento da justa indenização.

Em terceiro lugar, o **exercício de um contradireito** não nos parece tecnicamente incorreto, afinal é o próprio Código Civil que indica que a reivindicação do titular do direito material controvertido pode ser resolvida com uma justa indenização após a declaração judicial de interesse social e econômico relevante. Todavia essa terminologia peca por ser demasiadamente genérica, à medida que não cumpre reconduzir a espécie a seu gênero, ou seja, não explicita o fato de ser ela também uma expropriação.

Em quarto lugar, discordamos da expressão **desapropriação especial**, em razão de sua vagueza e imprecisão conceituais. Com efeito, as desapropriações urbanísticas sancionatórias, por exemplo, são igualmente formas especiais de expropriação, pelo que seria ilógico buscar distinguir esse instituto com o emprego duma categoria que, ao invés de estreitá-lo, aproxima-o dos demais.

Por fim, em nossa visão, a desapropriação judicial não deixa de ser uma espécie de desapropriação por interesse social com a diferença que, ao contrário das expropriações promovidas por entidades públicas, aqui lidamos com um instituto jurídico eminentemente de direito privado, porque executado por particulares.

Para maiores esclarecimentos acerca dessa divergência, cfr. JELINEK, R. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*, 2006, pp. 31-35. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2013.



empregue terminologia diversa, cremos que a leitura que faz do instituto é equivalente à nossa em substância.<sup>13</sup>

Ora, da interpretação das normas destacadas chega-se facilmente à conclusão que as disposições constitucionais são integralmente observadas nas hipóteses de desapropriação judicial. Inicialmente, sendo o Código Civil incontestavelmente uma lei, fica preenchido o requisito do amparo legal das expropriações. Depois, no § 4º do art. 1.228, temos que as obras e serviços devem ser considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevantes, o que se conforma à previsão constitucional que as desapropriações devem ter como base uma causa de utilidade pública em sentido amplo.<sup>14</sup> Finalmente, o § 5º do art. 1.228 acolhe o princípio constitucional da justa indenização como *conditio sine qua non* à transmissão da propriedade.<sup>15-16-17</sup>

---

<sup>13</sup> *Manual de Direito Administrativo*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 716.

<sup>14</sup> Ainda na questão da constitucionalidade, outro ponto que suscita controvérsia é a **competência expropriatória do Poder Judiciário**. Em nossa visão, não merece prosperar o entendimento de que existe inconstitucionalidade nesse preceito, porque (I) a CRFB em nenhum momento veda essa prerrogativa, antes, remete o tratamento da matéria à legislação infraconstitucional; (II) apesar de essa possibilidade não ser prevista na legislação extravagante que disciplina as desapropriações, o CC, que também goza do estatuto jurídico de lei, assim o preconiza; e (III) a norma do art. 9º da LGD, que determina que “[a]o Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”, cinge-se às expropriações administrativas e às expropriações legais.

<sup>15</sup> A nosso ver, por uma questão de coerência, por cuidar de uma transmissão de propriedade movida por um interesse social e econômico relevante, não concebemos a hipótese de o pagamento da indenização recair sobre os possuidores-trabalhadores, devendo ficar a expensas do Poder Executivo.

<sup>16</sup> Outra matéria de ordem constitucional objeto de controvérsia é a do **princípio da separação de Poderes**. Com efeito, algumas vozes sustentam que a possibilidade de o juiz, declarando o interesse social e econômico relevante das obras e serviços, criar despesa orçamentária para o Poder Executivo violaria a harmonia e a independência entre os Poderes. Rejeitamos tal tese, primeiramente, porque é necessário ter em mente que o princípio da separação de Poderes é orientado pelo sistema de checks and balances, ou seja, embora harmônicos e independentes entre si, os Poderes limitam-se mutuamente, de modo a coibir excessos um do outro, além de garantir que cada um desempenhará corretamente as atribuições que lhes são impostas pela Constituição. Ademais, configurando objetivo precípua da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária fundada sobre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o Judiciário tem legitimidade para compelir o Executivo a garantir a efetividade do conteúdo programático contido na Lei Maior. Assim, como exemplo da linha defendida por nós, invoque-se o posicionamento do STF de que é lícito ao Judiciário obrigar a Administração Pública a nomear candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas oferecidas no edital, cfr. RE em MS nº 598.099/MS (Plenário), in *Diário da Justiça Eletrônico, de 03 de outubro de 2011*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Sobre esse aspecto, falaremos mais detalhadamente adiante quando discorrermos acerca do controle judicial da DUP.

<sup>17</sup> Restando demonstrada a perfeita compatibilidade da **desapropriação judicial** com a Constituição, cumpre distingui-la de outra figura jurídica próxima, qual seja a **usucapião especial urbana coletiva**, consagrada no art. 10 e ss. do Estatuto da Cidade, in verbis: “Art. 10. 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 susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.” A primeira distinção dá-se **quanto à via processual idônea**. Enquanto a desapropriação judicial é promovida diretamente pelo proprietário em ação reivindicatória, a ação de

Compete-nos analisar, em último lugar, a figura ablativa do direito patrimonial privado encontrada no art. 243 da CRFB, que a doutrina brasileira convencionou chamar por **expropriação-confisco**. Duas são as situações previstas nesse dispositivo: (I) pela hipótese do *caput*, “[a]s 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.”; e (II) pela hipótese do parágrafo único, “[t]odo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.”<sup>18</sup>

---

usucapião especial urbana coletiva é promovida pelos possuidores, em estado de composses (art. 12, inciso II) ou pela a associação de moradores da comunidade, em substituição processual regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados (art. 12, inciso III). A segunda diferença ocorre **quanto ao modo de seu exercício**. Na desapropriação judicial, temos um «contradireito» oposto ao direito reivindicatório do proprietário sempre que o juiz considerar as obras e serviços realizados pelos possuidores como de interesse social e econômico relevante; já, na usucapião especial urbana coletiva, o direito constitucional de ação é exercitável pelos compossuidores ou por sua associação de moradores. Não nos esquecendo, entretanto, que tal prerrogativa pode ser invocada também como matéria de defesa (art. 13). O terceiro critério de separação é aquele **quanto à natureza da posse**. Na desapropriação judicial, a posse deve ser de boa-fé; ao revés, na usucapião especial urbana coletiva, basta à posse que não sofra qualquer oposição, o que não significa forçosamente a existência de boa-fé. Em quarto lugar, **quanto à finalidade da posse**, se por um lado, na desapropriação judicial, a posse presta-se à realização de obras ou serviços de interesse social e econômico relevante, por outro, na usucapião especial urbana coletiva, a posse cumpre fins de moradia. O quinto traço distintivo dá-se **quanto à área da propriedade**. No caso da desapropriação judicial, a única exigência legal é que a área seja extensa; porém, na usucapião especial urbana coletiva, a área tem de ser urbana e superior a 250 metros quadrados. Em sexto lugar, **quanto à natureza aquisitiva da propriedade**, a desapropriação judicial tem natureza aquisitiva derivada, pois existe uma relação intersubjetiva de transferência da titularidade entre o proprietário precedente e o proprietário adquirente, consumada com o pagamento da justa indenização; por sua vez, a usucapião especial urbana coletiva é uma forma de aquisição originária da propriedade, em que inexistente vínculo intersubjetivo entre o titular antigo e o posterior, razão pela qual não assiste direito ao primeiro à indenização. A sétima distinção é **quanto ao cômputo do prazo da posse**. Na desapropriação judicial, o CC não prevê a contagem do tempo de posse do possuidor antecedente para fins do prazo de cinco anos, pelo que a entendemos incabível. Na usucapião especial urbana coletiva, o § 1º do art. 10 do Estatuto da Cidade admite acrescer o prazo da posse antecedente para fins do prazo de cinco anos. E, por fim, **quanto à condição subjetiva dos possuidores**. Na desapropriação judicial, independe se os possuidores são proprietários de outro imóvel rural ou urbano, ou a sua condição de renda; ao passo que a usucapião especial urbana coletiva não é admitida aos possuidores proprietários de outro imóvel rural ou urbano, e eles devem ser de baixa renda.

<sup>18</sup> A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 57-A, de 1999, aprovada no dia 22 de maio de 2012, em segundo turno de votação, na Câmara dos Deputados, voltou ao Senado Federal, onde recebeu parecer positivo da Comissão de Constituição e Justiça. A matéria aguarda a segunda sessão deliberativa do primeiro turno de votação da Casa. Sua proposta é expandir as hipóteses de incidência do confisco aos casos de trabalho escravo.

Conquanto o próprio Poder Constituinte tenha empregado o termo «expropriadas» na referida norma constitucional, somos da opinião que **confisco** (ou apreensão) e **expropriação** não se confundem. Primeiramente, o confisco tem origem num **ato ilícito**, ao passo que a expropriação há de estar **amparada na lei**; em segundo lugar, o confisco, enquanto sanção que é, está **subjetivamente vinculado ao titular do bem subtraído**, já a expropriação encontra-se **vinculada objetivamente ao titular do bem subtraído**; além do mais, o confisco tem como função **retirar do particular um instrumento para a prática de condutas ilícitas**, por outro lado a expropriação **visa à satisfação de uma utilidade pública ou de um interesse social**; e, derradeiramente, o confisco tem como **objeto** o instrumento de uma conduta contrária ao direito, pelo que **não pode ser havido como um bem jurídico**, a seu turno, a expropriação tem como **objeto** um direito patrimonial **qualificável como um bem jurídico**.<sup>19</sup>

Feita essa distinção, pode-se afirmar que a primeira hipótese do art. 243 da CRFB traduz, portanto, caso exemplar de apreensão de *instrumenta sceleris*, ou seja, os instrumentos utilizados para o cometimento de um delito; enquanto que, na segunda hipótese do artigo em tela, vislumbramos caso de confisco de *producta sceleris*, é dizer, os bens obtidos em razão de uma atividade criminosa.

Questão polêmica que se prendia com o confisco de glebas é aquela da **extensão do confisco**. Isso se passa porque nem a CRFB, nem a LF nº 8.257, de 26 de novembro de 1991, que regulamenta o procedimento confiscatório das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas, definem a extensão de terra que será confiscada. A dúvida pairava, mais especificamente, sobre se deveria recair o confisco sobre a **área total** da propriedade onde foram encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou somente sobre a **área parcial** onde efetivamente existia o cultivo. No entanto, o STF jogou uma pá de cal sobre a celeuma, quando venceu o posicionamento que “[g]leba, no art. 243

---

“Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com a destinação específica, na forma da lei.”

Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110796&tp=1>. Acesso em: 24 nov. 2013.

<sup>19</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., pp. 61-62.

da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo.”<sup>20</sup>

## 2.2. O conceito de expropriação

Desapropriação, que é sinônimo de expropriação, pode ser explicada etimologicamente como um vocábulo parassintético formado a partir da compilação dos prefixos «des» (que transmite uma noção de afastamento) e «a» (que indica a passagem de estado) e do sufixo «ção» (que é um formador de nomes de ação em palavras derivadas de verbo) ao radical «próprio». Assim, lexicalmente, desapropriar é afastar algo daquilo ou daquele que lhe é próprio.<sup>21</sup>

Em sentido normativo, temos como o **conceito de expropriação** a supressão de uma posição jurídica de direito privado dotada de valor patrimonial a qual a Constituição garante como um direito de propriedade, seguida da transferência de sua titularidade a um ou mais sujeitos beneficiários, por uma causa declarada de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, mediante justa indenização.

No entanto, pode ser encontrada na doutrina e na jurisprudência internacionais, influenciadas sobretudo pelo direito alemão, quem preconize a ampliação desse conceito formal, que designam por **expropriação em sentido clássico** (*klasische Enteignung*), por uma concepção substancial de desapropriação, que se convencionou chamar de **expropriação de sacrifício** (*Aufopferungsent eignung*). Para essa corrente, somada à expropriação tradicional, configurariam expropriações os atos lícitos do Poder Público (atos e regulamentos administrativos, bem como atos legislativos) que, não visando à aquisição de um direito subjetivo de natureza privada dotado de valor patrimonial por uma causa de interesse público e sem formalizar a relação expropriatória, aniquilassem ou modificassem de maneira **especial e anormal** uma posição jurídica garantida pela

---

<sup>20</sup> RE nº 543.974/MG (Plenário), in *Diário da Justiça Eletrônico*, de 29 de maio de 2009. Rel. Min. Eros Grau.

<sup>21</sup> SALLES, J. C. de M. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 55-56.

Constituição como um direito de propriedade, devendo ser acompanhados de indenização.<sup>22</sup>

A propósito da definição dos conceitos dos termos «especial e anormal», que vimos de referir, valhamo-nos da inteligência do art. 2º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, do direito português, *in verbis*: “Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se **especiais** os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas, e **anormais** os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito” – grifos nossos.

Essa interpretação ensanchada de desapropriação é acolhida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano, tendo recebido os nomes de expropriação substancial, larvada ou anômala; igualmente, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional francês; também, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional português; assim como pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, debutando no acórdão «Sporrong e Lönnroth vs. Reino da Suécia», julgado em 23 de setembro de 1982; e, bem assim, pelo direito internacional.<sup>23</sup>

A despeito do robusto respaldo no direito comparado, não nos parece esse seja o posicionamento adotado pelo STF<sup>24</sup>, assim como, tampouco para nós, essa doutrina apresenta-se como a mais correta para explicar o sentido e o alcance das expropriações. Embora não neguemos a possibilidade da existência de danos, prejuízos ou encargos substancialmente expropriatórios, isso não significa que sejam efetivamente desapropriações. Pensamos que a expropriação de sacrifício não pode ser adequadamente encaixada no conceito de desapropriação, porque ela é inconciliável com os três pressupostos de legitimidade impostos pela Constituição, a saber: o princípio da legalidade, o princípio da utilidade pública e o princípio da justa indenização.

---

<sup>22</sup> CORREIA, F. A. *Manual de Direito do Urbanismo, vol. II*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 131-132.

<sup>23</sup> *Idem*, pp. 132-138.

<sup>24</sup> Cfr. RE nº 140.436-1/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça, 06 de agosto de 1999*. Rel. Min. Carlos Velloso. No tópico sobre a função social da propriedade (cfr. tópico 4.1.), comentaremos esse aresto detalhadamente, por ora deixemos registrado unicamente que, nesses casos, o STF não adota a noção de justa indenização por expropriação, mas a de responsabilidade extracontratual do Estado de indenizar por prejuízos excepcionais ou anormais, no caso sem intencionalidade ablativa.

Quanto ao **princípio da legalidade**, ele é violado por essa doutrina à medida que permite a expropriação de bens com base em procedimento diverso do que o estipula na LGD e na LF nº 4.132/1962. Por exemplo, a DUP é um requisito obrigatório do procedimento de expropriação, de acordo com o art. 2º, *caput*, da LGD, porém, segundo a teoria da expropriação de sacrifício, seria viável expropriar um bem sem a precedência de uma DUP, independentemente da existência de uma causa de iminente perigo público, única hipótese excepcionada pela Carta Magna (art. 5º, inciso XXV).

Quanto ao **princípio da utilidade pública**, sendo a DUP o ato constitutivo do procedimento de expropriação, como veremos à frente, seu propósito é a deflagração da relação intersubjetiva que poderá ou não culminar com a transferência de titularidade do bem. Ademais, a formalização do ato expropriatório tem, para além da natureza constitutiva, o propósito de explicitar o fim de utilidade pública a ser dado ao bem que se visa expropriar. Entretanto, na «expropriação» de sacrifício, inexistente uma intenção aquisitiva de um bem para a promoção de uma finalidade de interesse público, antes, ocorre um dano o qual se assemelha substancialmente ao que seria desencadeado por uma expropriação.

Por último, no que tange ao **princípio da justa indenização**, quem defende que o sacrifício provocado pelos atos lícitos do Poder Público os quais acarretam danos singulares e exorbitantes ao bem jurídico de direito privado com relevância patrimonial é uma expropriação nega a garantia constitucional mais primordial do particular, qual seja a indenização prévia.

Não vamos ao extremo de defender que a proteção constitucional do direito de propriedade em face das expropriações deve ser idêntica àquela do direito civil, porquanto, “se a expropriação estatal atinge o conjunto do patrimônio do cidadão, devem também a garantia da propriedade e a proteção da propriedade abranger o conjunto do patrimônio do cidadão. Devem ser aplicadas conseqüentemente a qualquer direito de valor patrimonial, indistintamente, quer pertença ao direito civil, quer ao direito público. Protegida é não só a

propriedade no mais amplo sentido de instituição jurídica, mas também todo e qualquer direito individual de valor patrimonial.”<sup>25</sup>

Com a nossa posição não pretendemos absolutamente negar ou excluir o direito de proteção à propriedade privada pelos danos ou encargos especiais e anormais ocasionados por atos lícitos do Poder Público. Achamos apenas que, quando estivermos perante atividades lícitas do Estado **sem qualquer intencionalidade ablativa**, a proteção do bem patrimonial privado há de ser buscada no domínio da responsabilidade civil extracontratual do Estado.<sup>26</sup> A esse respeito, refira-se que, *ex vi* do art. 37, § 6º, da CRFB, “[a]s pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Trata-se da positivação em nível constitucional da **responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado**.

Por essa razão, seguindo de perto Vieira de Andrade, “a dimensão simultaneamente **subtrativa** e **apropriativa** da expropriação não constitui um aspecto secundário, mas justamente a **característica específica** que a distingue estruturalmente das situações de responsabilidade indenizatória por ato lícito” e que “a justa indenização [é o] **momento constitutivo da expropriação**, [...] não uma **consequência**, mas um **pressuposto de legitimidade**” – grifos do original. Ademais, sempre com o jurista, não se pode extrair da Constituição que toda e qualquer lesão de direitos patrimoniais privados deva ser resolvida com base na justa indenização.<sup>27</sup> Por outro lado, dissentimos da concepção do alcance normativo do direito fundamental de propriedade no domínio das expropriações que ele apresenta.

Em princípio, ele nega que o direito de propriedade esteja restrito ao conceito civilístico de propriedade, restrito aos direitos reais, mas, em seguida, assevera que nem todo e qualquer direito individual de valor patrimonial é abrangido pela proteção

---

<sup>25</sup> Acórdão do Bundesgerichtshof exarado em 10 de junho de 1952 *apud* CORREIA, F. A. Op. cit., 1982, pp. 44-45.

<sup>26</sup> CORREIA, F. A. A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 140, nº 3966. Coimbra: Coimbra, 2011, pp. 152-153.

<sup>27</sup> A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 140, nº 3969. Coimbra: Coimbra, 2011, pp. 357-359.

constitucional da justa indenização, mas apenas os que “sejam essenciais à realização da autonomia do homem como pessoa”. Para nós, essa noção de direito de propriedade não se coaduna com o postulado da proporcionalidade, à medida que inviabiliza o «critério de necessidade» em suas vertentes «territorial» e «modal», que teremos a oportunidade de esmiuçar no capítulo próprio (cfr. tópico 5.2.3.2.).

O autor argumenta também que aceitar tal ideia pressupõe uma “sobreavaliação arbitrária dos bens patrimoniais relativamente aos bens pessoais, [...] que é injustificada e inadmissível no [...] quadro [...] dos direitos humanos.”<sup>28</sup> *Concessa venia*, se a «sobreavaliação» tem lugar, ela somente se pode dar no sentido oposto. Nas Constituições dos Estados democráticos de direito, os direitos personalíssimos – donde releva a dignidade da pessoa humana – são direitos fundamentais centrais da ordem jurídica, corolários do segundo imperativo categórico de Kant, de acordo com o qual os homens são fins em si mesmos e, pois, não podem ser instrumentalizados pelo Estado para que esse alcance seus objetivos. É dizer, a interpretação correta do regime constitucional específico (justa indenização) para a proteção do direito de propriedade para fins de desapropriação é a de que os direitos da personalidade gozam de uma relevância tão grande que se colocam além do escopo dos bens jurídicos exigíveis pelo Estado para fins de utilidade pública.

Nessa esteira, quando estivermos perante atos do Poder Público nos quais exista uma **intencionalidade ablativa**, é de se afastar a proteção do direito de propriedade com base no regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos lícitos e também a ideia de «expropriação de sacrifício»<sup>29</sup>. Ocorre que, em inexistindo situação premente justificante (v.g., a segurança nacional, a defesa do Estado e a calamidade pública), a atividade que, *a priori*, era legal tornar-se-á ilegal diante da manifesta intenção de ablação do direito de propriedade furtando-se às garantias constitucionais do particular, bem como ao procedimento legal de desapropriação. Nesses casos não existe uma verdadeira expropriação, mas **atos ilícitos do Poder Público**, que não podem ser indenizados como se lícitos fossem.

Uma hipótese ilustrativa é a do art. 37 da LGD. Dispõe esse preceito legal que “[a]quele cujo **bem** for **prejudicado extraordinariamente** em sua destinação econômica

---

<sup>28</sup> ANDRADE, J. C. V. de, Op. cit., p. 357.

<sup>29</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2011, p. 161.



pela desapropriação de áreas contíguas terá direito a reclamar perdas e danos do expropriante” – grifos nossos. Cabal para a configuração da ilicitude – e a subsequente alteração do regime indenizatório – será a apuração da intencionalidade do ato praticado pelo Poder Público, que haverá de ser debatida nos tribunais como questão fática, competindo o *onus probandi* forçosamente ao titular do direito material violado.<sup>30</sup>

Dito isso, o conceito de expropriação de sacrifício somente pode ser validamente sustentado, portanto, quando estiverem em jogo **servidões administrativas que imponham encargos especiais e anormais** aos proprietários, entendidos como a: (I) inviabilização da utilização corrente do bem, considerado em seu todo; (II) inviabilização de qualquer utilização potencial do bem ocioso; ou (III) anulação de seu valor econômico. Trata-se inegavelmente de atos do poder público sem o escopo de aquisição de um bem, ao contrário, o intuito é afetar parcialmente o direito de propriedade com um ônus de utilidade pública, que, todavia, vem a se apresentar singular e exorbitantemente em sua substância como uma desapropriação. Em tal quadro vemos pertinência em adotar um conceito substancial de expropriação, pois que não existiria conflito com os seus pressupostos de legitimidade: (I) as servidões administrativas são feitas com base na lei; (II) são precedidas de uma DUP; e (III) não violam a justa indenização, uma vez que, fazendo o proprietário prova do prejuízo, a ação de constituição de servidão é convolada em ação de desapropriação (parcial ou total).

Antes de fecharmos este tópico conceitual, resta-nos tratar da figura da «**expropriação**» indireta ou **apossamento administrativo**, que pode ser definida como o **fato administrativo** pelo qual o Estado, agindo em completa ilegalidade, apropria-se de bem particular sem acordo amigável ou adjudicação judicial. Verdadeiro esbulho possessório, a «desapropriação» indireta não é precedida de DUP e a tomada da propriedade privada não respeita a justa e prévia indenização em dinheiro imposta pela Lei Fundamental. Apesar da nomenclatura, não se cuida de uma espécie de expropriação, senão de **ato ilícito** praticado pela Administração, pelo que ao expropriado cabe o direito de retrocessão ou reversão (cfr. tópico 5.2.1.3.), desde que a coisa não haja sofrido modificações substanciais ou definitivas de utilidade pública, caso em que, sopesando o

---

<sup>30</sup> Somos partidários da tese que, para fins de determinação do regime jurídico indenizatório, os atos legislativos abstratos e gerais, bem como os planos urbanísticos (v.g., os PDMs), gozam de presunção *juris tantum* de involuntariedade ablativa.

interesse individual com o interesse da coletividade e prevalecendo esse último, a questão é resolvida em perdas e danos.<sup>31</sup>

### 2.3. O objeto da expropriação

No passado, o ideal de riqueza estava diretamente vinculado à acumulação de propriedades imobiliárias, de forma que o objeto das desapropriações consistia exclusivamente em bens imóveis ou em direitos a eles inerentes. Pela expressão «direitos a eles inerentes» contemplam-se os direitos reais diversos do direito de propriedade (v.g., o direito de usufruto, o direito de uso e habitação, o direito de superfície e as servidões prediais), uma garantia real (v.g., hipoteca), bem como os direitos obrigacionais que incidam sobre imóveis (v.g., o direito de arrendamento de prédio rústico ou urbano).<sup>32</sup>

O declínio de importância dos bens imóveis na formação do patrimônio dos cidadãos pode ser explicado como uma decorrência direta do aprofundamento das relações capitalistas do início do século XX e teve como consequência a assunção de um papel protagonista dos direitos de crédito frente aos direitos reais. Nessa senda, para que a garantia da propriedade mantivesse efetivamente a sua função protetora, era imprescindível que o conceito de patrimônio fosse interpretado extensivamente, de sorte a abranger quaisquer direitos revestidos de significância patrimonial.<sup>33</sup>

Essa amplitude atual dos objetos sujeitos à expropriação fica bastante evidente no direito brasileiro, a partir da leitura do art. 2º da LGD que dispõe que “[m]ediante DUP, **todos os bens poderão ser desapropriados** pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios” – grifos nossos. Assevera Carvalho Filho que quaisquer bens móveis ou imóveis dotados de valoração patrimonial, sejam corpóreos ou incorpóreos, podem ser desapropriados (v.g., ações, cotas ou direitos relativos ao capital de pessoas jurídicas). Segundo ele, o preceito legal «todos os bens poderão ser desapropriados» não deve ser interpretado *ipsis litteris*, haja vista que razões jurídicas ou materiais podem obstar a expropriação – como é o caso das propriedades produtivas para fins de reforma

---

<sup>31</sup> No entanto, refira-se que esse entendimento não é pacífico, pois existe quem preconize que, com amparo no art. 35 da LGD, não cabe retrocessão, uma vez incorporado o bem à Fazenda Pública, somente indenização por perdas e danos. Retornaremos ao assunto adiante.

<sup>32</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2010, p. 168.

<sup>33</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 1982, p. 38.

agrária (art. 185, inciso II, da CRFB) e dos direitos personalíssimos (não patrimoniais), respectivamente.

Ainda no âmbito do art. 2º da LGD, quanto à desapropriação de bens públicos, seu § 2º permite expressamente que “[o]s bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios” possam “ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados”, porém ressalva que, “em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.” Esse dispositivo o qual possibilita a expropriação pelo ente federativo verticalmente superior dos bens dos entes verticalmente inferiores consagra o **princípio da preponderância do interesse**, em que pese inexistir hierarquia entre os entes federativos, cada qual com suas competências e atribuições constitucionais próprias. Aliás, desde há muito, o STF vincou que um estado não pode desapropriar bens de outro estado, nem um município pode desapropriar bens de outro município, ainda que localizados em sua dimensão territorial, e tampouco um estado pode desapropriar bens de um município integrante de outro estado.<sup>34</sup>

Por derradeiro, a respeito da matéria em comento, apresenta-se oportuna uma nota a qual não faz grande diferença em termos práticos, mas que se impõe por nosso apreço ao rigor teórico. Conforme expusemos anteriormente, a expropriação é um instituto jurídico de aquisição de bens para a realização de um fim público e, portanto, somente admite como objeto os bens privados e os bens de domínio privado das pessoas jurídicas de direito público interno. Ora, cremos que uma interpretação correta do art. 2º, § 2º, da LGD haveria necessariamente de restringir as desapropriações aos bens do domínio privado dos entes federativos.

Nessa linha, convém salientar que o art. 99 do CC divide os **bens públicos** (*rectius*, bens dominiais) em três categorias, a saber: **bens de uso comum do povo**, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças (inciso I); **bens 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 (inciso II); e, **bens dominicais**, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (inciso III). Nas duas primeiras modalidades temos o que a doutrina designa por **bens afetados**, ou seja, aqueles que são dotados de uma

---

<sup>34</sup> CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., p. 721.

finalidade pública, sendo regidos pelas normas de direito público (bens do domínio público). Já os últimos são bens residuais, é dizer, são todos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno que não se enquadrem nas duas categorias anteriores. São, assim, **bens desafetados** a um fim de interesse público e, não dispondo a lei em contrário, regem-se pelas normas de direito privado (bens do domínio privado).

Portanto, podemos afirmar com Alves Correia que, diante dos bens do domínio público, tecnicamente, não há de se falar em expropriação, senão em **mutação dominial ou transferência de domínio**, porque, em tais casos, não ocorre a privação de uma propriedade particular com valor patrimonial em prol de uma utilidade pública, tampouco existe a imposição de um sacrifício de uma posição jurídica privada merecedora de indenização. Verdadeiramente, não existe sequer a figura do particular, já que o bem sempre esteve na esfera do domínio público. Ocorre, ao revés, a afetação de um bem público a outra utilidade pública mais premente, é dizer, terá lugar uma mutação subjetiva e funcional de um bem público.<sup>35</sup>

#### 2.4. Os sujeitos da expropriação

A **expropriação** é um procedimento formado por quatro sujeitos, por isso também chamado de procedimento quadripolar, a saber: (I) o **expropriante**, aquele que é o titular do *jus expropriandi*; (II) o **expropriado**, aquele que será o beneficiário da indenização; (III) o **beneficiário da expropriação**, aquele a quem competirá a obrigação de indenizar; e (IV) o **promotor da expropriação**, aquele que pratica os atos concretos para efetivar a expropriação após a declaração expropriatória.<sup>36</sup>

Primeiramente, o **expropriante** é o sujeito detentor da *potestas expropriandi*, ou seja, a quem se confere a competência para emitir a DUP.<sup>37</sup> O art. 2º da LGD define como expropriantes a União, os estados, o Distrito Federal, e os municípios. No caso específico das desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária, o art. 184 da CRFB

---

<sup>35</sup> Op. cit., 2010, pp. 168-169.

<sup>36</sup> Em muitos casos, existirá identidade entre o expropriante e o beneficiário da expropriação; entre o expropriante e o promotor da expropriação; ou entre o beneficiário da expropriação e o promotor da expropriação.

<sup>37</sup> No Brasil, é comum a expressão «competência para desapropriar» com o significado de competência para emitir a DUP.

consigna que compete privativamente à União a declaração expropriatória<sup>38</sup>; nos demais casos de desapropriação por interesse social, a competência é comum a todas as pessoas federativas.

O art. 182, § 4º, inciso III, da CRFB consagra a competência dos municípios (e, conseqüentemente, do Distrito Federal<sup>39</sup>) em matéria de **desapropriação urbanística sancionatória**, *in verbis*: “§ 4º – É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:” (...) “III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais». Esse comando constitucional está regulamentado no art. 8º do Estatuto da Cidade, senão vejamos: “Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.”

No entender de Carvalho Filho, a competência expropriatória urbanística dos municípios engloba não somente a **desapropriação urbanística sancionatória**, como também a **desapropriação urbanística ordinária**, contemplada na alínea i) do art. 5º da LGD, senão vejamos: “a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais”.<sup>40</sup>

Por fim, em caráter excepcional, temos a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) para a emissão da DUP com o fito de executar a

---

<sup>38</sup> Esse é o entendimento dominante na jurisprudência do STF, cfr. RE nº 81.603/MT (Plenário), in Diário da Justiça, 01 de julho de 1977. Rel. Min. Cordeiro Guerra; e RE nº 169.628/DF (2ª Turma), in Diário da Justiça, 19 de abril de 2002. Rel. Min. Maurício Corrêa. Em sentido contrário, no mesmo tribunal, advogando que a competência privativa da União somente existe quando a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária for indenizada com **títulos especiais da dívida pública**, não se estendendo às que sejam mediante **pagamento em dinheiro**, cfr. RE nº 86.046/SP (Plenário), in Diário da Justiça, 23 de novembro de 1979. Rel. Min. Décio Miranda.

<sup>39</sup> Art. 32. (...) § 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

<sup>40</sup> Op. cit., p. 726.

desapropriação visando à implantação do Sistema Nacional de Viação – prevista no art. 82, inciso IX, da LF nº 10.233/2001 – e a competência da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) com o objetivo de desapropriar áreas para a instalação de concessionários e permissionários de energia elétrica – prevista no art. 10 da LF nº 9.074/1995, com a redação da LF nº 9.648/1998.<sup>41</sup>

Em segundo lugar, o **expropriado** é o sujeito o qual sofrerá o sacrifício patrimonial imposto pela expropriação, em outras palavras, é o titular de um direito apropriado para a prossecução de uma utilidade pública ou de um interesse social, sendo por isso aquele a beneficiar da respectiva indenização. Os detentores de direitos reais ou ônus sobre o bem expropriado são considerados beneficiários da indenização, consoante o art. 31 da LGD. Para além desse dispositivo, os arts. 1.376 (indenização do superficiário), 1.409 (indenização do usufrutuário) e 1425, inciso IV (indenização do credor pignoratício, hipotecário ou anticrético), do CC reforçam esse entendimento.

Em terceiro lugar, o **beneficiário da expropriação** é o sujeito em proveito do qual se dá a ablação do bem ou direitos a ele inerentes e a quem incumbe a obrigação de indenizar. Em regra, as desapropriações visam a beneficiar os entes públicos ou entes privados delegatários ou concessionários de serviço público. Em caráter excepcional, é possível que a expropriação tenha como beneficiária uma entidade eminentemente privada, contanto que ela esteja em condições de dar ao bem expropriado uma destinação de interesse público (cfr. tópico 5.2.1).

Por último, o **promotor da expropriação**, é o sujeito o qual, de fato, levará a cabo a expropriação, ou seja, é aquele que, após a declaração expropriatória emitida pelo expropriante, pratica os atos concretos para efetuar-la.<sup>42</sup> Além das entidades expropriantes, o art. 3º da LGD atribui aos concessionários de serviços públicos e aos estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público a competência para promover desapropriações, mediante autorização expressa constante de lei ou contrato.

---

<sup>41</sup> Corroboramos a crítica de Carvalho Filho à competência excepcional do DNIT e da ANEEL para a DUP ou de interesse social, por se tratar de um juízo público de valoração da propriedade próprio dos entes federativos, op. cit., p. 726.

<sup>42</sup> Idem, p. 868.

## 2.5. Pressupostos de legitimidade da expropriação

As expropriações por utilidade pública são uma prerrogativa plasmada no art. 5º, inciso XXIV, da CRFB. Contudo, longe de serem irrestritas, esse mesmo dispositivo impõe-lhes certos limites os quais devem ser respeitados. Consoante adiantamos, tais limites traduzem verdadeiros pressupostos de legitimidade das desapropriações, a saber: (I) devem estar baseadas na lei (**princípio da legalidade**); (II) precisam-se vincular a um fim de utilidade pública em sentido amplo (**princípio da utilidade pública**); e (III) somente têm lugar mediante o pagamento de uma justa indenização (**princípio da justa indenização**). Na doutrina, existe quem vislumbre ainda um quarto pressuposto de legitimidade das expropriações: o **princípio da proporcionalidade em sentido amplo**.<sup>43</sup> Com a devida vênia, tal não é o nosso entendimento. Sobre esse ponto descenderemos a minúcias mais adiante.

### 2.5.1. Princípio da legalidade

Esse pressuposto de legitimidade significa que nenhuma expropriação pode ser realizada em desconformidade com a lei, ficando compreendidas tanto as **expropriações administrativas** quanto as **expropriações legais**. Previstas no art. 6º da LGD, as primeiras dão-se mediante decreto de declaração de utilidade pública editado pelo presidente da República, governador estadual ou distrital, interventor ou prefeito; já as últimas, consagradas no art. 8º do mesmo diploma, são de iniciativa do Poder Legislativo, incumbindo os atos necessários a sua efetivação ao Executivo.

Esse princípio é uma garantia de que gozam os cidadãos que seus direitos serão protegidos quando do atuar dos Poderes Públicos, vedando-se assim atos atentatórios à isonomia de tratamento e à segurança jurídica, bem como expropriações discriminatórias ou arbitrárias.<sup>44</sup> Consequentemente, é a lei que delinea os limiares do poder expropriatório dentro dos quais a apropriação do direito patrimonial dos particulares pode ser legitimamente justificada.

---

<sup>43</sup> Cfr. CORREIA, F. A. Op. cit., 2010, pp. 194 e ss.

<sup>44</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2010, p. 187.

### 2.5.2. Princípio da utilidade pública

O segundo pressuposto é o princípio da utilidade pública, de acordo com o qual toda expropriação deve ter como fim o atendimento de uma causa declarada de **utilidade pública**. Conforme tivemos a oportunidade de assinalar, as causas de expropriação sofreram um grande alargamento conceitual ao longo do tempo. Evoluindo simultaneamente com o sentido e o alcance da propriedade privada, as causas de utilidade pública possuem uma amplitude que vai desde as hipóteses de **necessidade pública** até aquelas de **interesse social**.

Nessa esteira, Hely Lopes Meirelles distinguia a utilidade pública da necessidade pública. Segundo ele, a primeira pode ser compreendida como a hipótese na qual a transferência do bem é conveniente para a Administração, enquanto que a última tem lugar diante de situações de emergência cuja solução clama a expropriação do bem.<sup>45</sup> Para Carvalho Filho, em que pese a Carta Magna faça menção tanto à utilidade quanto à necessidade públicas, essa está contida naquela, é dizer, todo caso de necessidade pública é inexoravelmente uma utilidade pública, porém a recíproca não é verdadeira, haja vista que existem desapropriações úteis que não são forçosamente necessárias.<sup>46</sup>

Os casos de utilidade pública estão elencados nas alíneas a) a p) do art. 5º da LGD. Esse rol deve ser interpretado taxativamente, e não de modo ilustrativo, devido ao teor da alínea p), que indica “os demais casos **previstos por leis especiais**” – grifos nossos. Ao dispor em tal direção, o legislador brasileiro pretendeu que as desapropriações acontecessem apenas nas hipóteses da LGD ou das demais leis especiais aplicáveis.<sup>47</sup> São exemplos de casos de **utilidade pública**: a segurança nacional; a defesa do Estado; o socorro público em caso de calamidade; a salubridade pública; a exploração ou a conservação dos serviços públicos; o funcionamento dos meios de transporte coletivo; etc. Já as causas de **interesse social** estão previstas no art. 2º da LF nº 4.132/1962, entre as quais destacamos: o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de

---

<sup>45</sup> MEIRELLES, H. L. Op. cit., p. 514 *apud* CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., p. 717.

<sup>46</sup> CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., p. 717.

<sup>47</sup> MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 866-867. Em sentido contrário, defendendo que o elenco é meramente exemplificativo, cfr. SALLES, J. C. de M. Op. cit., pp. 90-91.



população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; a construção de casas populares; a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de servas florestais; etc.

Logo, exceto quando pretendermos relevar especificamente determinada *causa expropriandi*, englobaremos – até por uma razão de economia textual e de didática – dentro do conceito de «utilidade pública» toda a gama de causas que possam ser reconduzidas ao conceito abstrato de interesse público, ou seja, as causas de necessidade pública, que transmitem um sentido mais restritivo, de premência; de utilidade pública em sentido estrito, que se aproximam da ideia de obras públicas; e de interesse social, nacional ou geral, que vêm carreadas com o advento do Estado Social.

No que diz respeito à formalização da DUP ou de interesse social, elas podem ser tanto da iniciativa do Poder Executivo (expropriação administrativa) quanto do Poder Legislativo (expropriação legal)<sup>48</sup>. A **expropriação administrativa** compete ao Presidente da República (União), aos governadores (estados e Distrito Federal), aos interventores ou aos prefeitos (municípios) a edição do decreto expropriatório, nos termos do art. 6º da LGD. Já a **expropriação legal**, por força do art. 8º, pensamos deva ser praticada pelo órgão legislativo correspondente à entidade expropriante, ou seja, Congresso Nacional (União), Assembleias Legislativas (estados), Câmara Legislativa (Distrito Federal) e Câmaras Municipais (municípios).

Em nossa opinião, a DUP é o **ato constitutivo do «procedimento» de expropriação**, ou seja, ela é o instrumento de exteriorização da vontade da Administração Pública de adquirir certo(s) direito(s) de conteúdo patrimonial para o cumprimento de uma finalidade de utilidade pública específica. Assim, o ato declaratório tem como efeito imediato a deflagração do procedimento expropriatório, e não da expropriação, não havendo de se falar, nesse momento, em sacrifício do direito de propriedade do expropriado ou em transferência da titularidade do bem.

---

<sup>48</sup> Carvalho Filho entende que o ato declaratório praticado pelo Poder Legislativo não deve ser promulgado por lei ordinária, mas, dada a sua natureza administrativa, deveria ser realizado na forma de decreto legislativo, exclusivo do Legislativo e, portanto, insuscetível de veto do Executivo, cfr. op. cit., p. 732.

*Data maxima venia*, é de se afastar que com a DUP “se verifica uma ‘conversão’ imediata do direito de propriedade do particular num direito de indenização”<sup>49</sup>, pois a titularidade do direito de propriedade do expropriado somente é transferida para o beneficiário da expropriação quando do pagamento da indenização. Entender diferentemente disso seria negar a própria garantia da justa e «prévia» indenização em dinheiro consubstanciada no art. 5º, inciso XXIV, da CRFB. A maior evidência da correção de nossa posição é que a desistência da expropriação e a caducidade do decreto de utilidade pública não obrigam o expropriado a ajuizar ação de retrocessão para reaver o bem.

A respeito da caducidade do ato declaratório, vale salientar que nas causas de **utilidade pública** caduca em **cinco anos** e pode ser renovada somente depois de transcorrido um ano da caducidade (art. 10 da LGD); e nas de **interesse social** caduca em **dois anos** (art. 3º da LF nº 4.132/1962). Diante da omissão legal com relação a essa última, entendemos que vigora para ela o mesmo prazo de renovação da DUP, ou seja, somente ao cabo de um ano da caducidade.

### 2.5.3. Princípio da justa indenização

Por último, porém não menos importante, a **justa indenização**, além de um pressuposto de legitimidade, é a principal **garantia do particular** e um **requisito de validade** da expropriação.<sup>50</sup> A Constituição prevê no supracitado inciso XXIV do art. 5º que as desapropriações dar-se-ão mediante **justa e prévia indenização em dinheiro**, ressalvados os casos que ela mesmo excepciona. Isso significa que, se, por um lado, a Constituição não garante a intocabilidade do direito de propriedade do particular, por outro lado, caso sua posição jurídica seja apropriada para fins de utilidade pública, ele haverá de ser devidamente indenizado.

O critério do **valor de mercado** costuma ser apontado como o mais apto para a definição do *quantum* indenizatório justo a ser pago ao expropriado. O valor de mercado aqui referido deve ser entendido **em sentido normativo ou habitual**, de sorte que estejam excluídos da compensação integral quaisquer elementos puramente especulativos ou quaisquer acréscimos de valor com origem na própria DUP ou em circunstâncias

---

<sup>49</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 1982, p. 113.

<sup>50</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2010, p. 202.

supervenientes à notificação expropriatória; e, ainda, quaisquer mais-valias para as quais tenha concorrido financeiramente toda a coletividade.<sup>51</sup>

Quanto ao **momento**, a Lei Maior define que a indenização será **prévia**, para que fique explícito que a transferência da propriedade somente terá lugar depois de realizado o pagamento. Contudo, o termo «prévia» deve ser interpretado como uma «verdadeira fração de segundo»<sup>52</sup>, o que significa, na prática, que o pagamento é contemporâneo.

Quanto à **forma**, a Constituição determina que a indenização seja **à vista e em dinheiro**. No entanto, existem duas hipóteses excepcionais que ela admite, a saber: (I) as desapropriações urbanísticas sancionatórias do art. 182, § 4º, inciso III, com pagamento mediante **títulos da dívida pública** de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas; e (II) as desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária do art. 184, *caput*, com pagamento em **títulos da dívida agrária** e com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão. Ambas as hipóteses são subespécies que integram a figura mais ampla da expropriação-sanção.

---

<sup>51</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., pp. 202; 216-217.

<sup>52</sup> CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., p. 745.

### 3. A UTILIDADE PÚBLICA

Acabamos de apresentar o enquadramento normativo das expropriações no direito brasileiro, seu conceito, objeto, sujeitos e pressupostos de legitimidade. Vimos que a Constituição afirma o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII), entretanto vincula-o expressamente a sua função social (art. 5º, inciso XXIII) e assevera, com ressalvas, que a propriedade poderá ser desapropriada por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, desde que mediante justa e prévia indenização em dinheiro, nos termos da lei (art. 5º, inciso XXIV). A lei em questão é a LGD, que atribui a determinadas entidades (normalmente, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios) a *potestas expropriandi*.

No plano jurídico, alinhavamos de modo satisfatório os aspectos elementares da teoria das desapropriações, todavia é chegada a hora de tecer algumas considerações sobre o instituto em seu plano ideológico. É dizer, donde emana a legitimidade da Constituição para dispor que a propriedade pode ser desapropriada? Noutras palavras, saindo da dimensão normativa, o que justifica a prerrogativa das entidades expropriantes de declarar uma propriedade privada como de utilidade pública para fins de desapropriação? Achamos que a resposta reside justamente na **utilidade pública** ou **interesse público**.

Nesse sentido, quando se pretende fazer referência ao poder político que permite ao Estado, de forma geral, submeter à sua vontade todos os bens situados em seu território, emprega-se a expressão **domínio eminente**. Mas o domínio eminente não tem qualquer relação com o domínio de caráter patrimonial; ao contrário, o sentido da expressão alcança o poder geral do Estado sobre tudo quanto esteja em suas linhas territoriais, sendo esse poder decorrente de sua própria soberania. Não quer dizer, pois, que o Estado seja proprietário de todos os bens; antes, significa a disponibilidade potencial em seu favor em razão de seu poder soberano. Desse aspecto político, que é inerente ao sentido de domínio eminente, defluem todas as formas de investida que o Estado emprega em relação à propriedade privada. Em outras palavras, ainda que não seja o proprietário de todos os

bens, o Estado pode instituir regimes jurídicos específicos que afetam fundamentalmente o domínio.<sup>53</sup>

De mãos dadas com a teoria do domínio eminente, o «**princípio**» da **supremacia do interesse público** é majoritariamente aceito na doutrina e jurisprudência brasileiras como a justificativa de legitimidade das expropriações, sendo sintetizado por Bandeira de Mello – possivelmente seu maior expoente no país – nos seguintes termos: “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, (...) [a]final, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.”<sup>54</sup> É ainda nesse autor que encontraremos a dicotomia **interesse público primário** e **interesse público secundário**. Pelo primeiro entende-se todo o conjunto de interesses atinentes à sociedade de modo imediato, bem definido como a finalidade estatal constitucionalmente delineada (v.g., justiça, saúde, segurança, educação); enquanto que o último se relaciona com os interesses do Estado propriamente dito, ou seja, são aqueles interesses que atendem a sociedade por via oblíqua (v.g. a arrecadação de impostos e o corte de gastos públicos).<sup>55</sup>

Entretanto, com a devida vênia, não concordamos com a existência de tal princípio. Primeiramente, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado tem como arcabouço a categorização falha do direito em público ou privado. Desse modo, três critérios principais são usualmente avançados com o intuito de demarcar objetivamente essa fronteira, quais sejam: (I) o da **prevalência do interesse**; (II) o da **natureza das relações jurídicas travadas**; e (III) o **subjeto**.

Com base no primeiro, pertenceria ao direito público as matérias as quais predominem interesses públicos e ao direito privado as que forem dominadas por questões de interesses individuais. É um critério inconsistente, porque, mesmo no direito público, os interesses privados deverão ser observados, sobretudo quando forem direitos fundamentais;

---

<sup>53</sup> CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., pp. 983-984.

<sup>54</sup> MELLO, C. A. B. de. Op. cit., p. 96.

<sup>55</sup> Trata-se de distinção conceitual ineditamente trazida para o direito brasileiro da doutrina italiana. Cfr. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*. [s.l.: s.n.], 1960, p. 176 *apud* MELLO, C. A. B. de. Op. cit., p. 57.

e, no direito privado, existem inúmeras normas de ordem pública limitativas do interesse privado em benefício da coletividade.<sup>56</sup>

Pelo segundo critério, a relação dos particulares com o Estado seria de subordinação no direito público; enquanto que, no direito privado, os particulares estariam no mesmo patamar que o Estado, em relação de coordenação. Esse critério equivoca-se por ignorar completamente que, mesmo nas ditas relações coordenadas havidas entre particulares, eventualmente, ocorrerão grandes distorções provocadas pela desigualdade de uma parte diante da outra; bem como por olvidar a situação jurídica na qual o Estado relaciona-se com o particular em pé de igualdade, ou seja, consensualmente.<sup>57</sup>

O último critério afirma que pertencem ao direito público todas as relações jurídicas em que o Estado figure como parte; contrariamente, seriam de direito privado todas as demais relações em que ele não se apresente. Questionável por diversas razões, esse último critério ignora solenemente a participação do Estado nos atos do direito privado, como é o caso dos registros públicos; e, ainda, o fenômeno da constitucionalização do direito civil ou publicização do direito privado.<sup>58</sup> Logo se vê que essa separação do Direito entre público e privado é imprecisa, inconsistente, e, pois, insuficiente na resolução de conflitos de interesses, justificando-se unicamente por razões de ordem didática.

Em segundo lugar, divergimos do «princípio» da supremacia do interesse público, porque ele somente seria eticamente justificável se embasado no **organicismo** ou no **utilitarismo**, o que seria, a nosso ver, incompatível com a Constituição de 1988. De acordo com Daniel Sarmento, “[n]o organicismo, o interesse público seria algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política, enquanto [que], [n]o utilitarismo, ele confundir-se-ia com tais interesses, correspondendo a uma fórmula para a sua maximização.”<sup>59</sup>

Logo, o organicismo é incompatível com a Carta Magna de 1988, por colidir frontalmente com a dignidade da pessoa humana (o centro gravitacional do ordenamento

---

<sup>56</sup> SARMENTO, D. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, in SARMENTO, D. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 31.

<sup>57</sup> Idem, ibidem.

<sup>58</sup> Idem, p. 32.

<sup>59</sup> Idem, p. 52.

jurídico brasileiro), pois, repita-se, os homens são fins em si mesmos e, logo, não podem ser instrumentalizados pelo Estado para que esse atinja seus objetivos. A seu turno, o utilitarismo não tem respaldo na Lei Fundamental, já que, ao contrário do senso comum, a perseguição ao interesse público não necessariamente se dará no momento em que é atendida a vontade majoritária da coletividade. A análise casuística aponta que sempre existirão aquelas situações onde é justamente quando se atua na defesa de um interesse privado constitucionalmente garantido que o interesse público será observado.<sup>60</sup>

A terceira razão de nossa discordância funda-se em nossa compreensão do significado de «interesse público». É cediço que não decorre da Carta Magna qualquer relação de hierarquia entre as gerações de direitos humanos, pelo que o conflito aparente dos direitos de liberdade (1ª geração) com os sociais (2ª geração) ou os difusos (3ª geração) deve ser resolvido casuisticamente, por intermédio dos postulados normativos – com particular destaque para os postulados da ponderação e da proporcionalidade –, devendo-se rejeitar a precedência absoluta e apriorística de interesses individuais e interesses coletivos uns frente aos outros.<sup>61</sup> Ademais, a Constituição foi esculpida de forma tal que interesses privados e interesses públicos são indissociáveis, não havendo de se falar em prevalência ou contradição entre eles, mas, sim, de uma relação de conexão estrutural.<sup>62</sup>

A esse respeito, Gomes Canotilho refere que “se o princípio democrático obtém concretização através do princípio majoritário, isso não significa desprezo da proteção das minorias (cfr., por ex., art. 114º [da Constituição da República Portuguesa] sobre o estatuto de oposição); se o princípio democrático, na sua dimensão econômica, exige intervenção conformadora do Estado através de apropriação política dos meios de produção (art. 83º [da Constituição da República Portuguesa]), isso não significa que se posterguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio de legalidade, princípio de justa indenização, princípio de acesso aos tribunais para discutir a medida de intervenção).”<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> SARMENTO, D. Op. cit., in SARMENTO, Daniel. (org.). Op. cit., p. 59.

<sup>61</sup> BRANDÃO, R. Entre a anarquia e o estado do bem-estar social: aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional, in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, ano 4, nº 14. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>62</sup> ÁVILA, H. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 11. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007, pp. 13-14.

<sup>63</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1182.

Por isso, afirmamos com Gustavo Binimbojm, que o **interesse público** é a resultante da ponderação do interesse individual com o interesse coletivo que se lhe contrapõe, diante de circunstâncias normativas e fáticas, ora dando primazia parcial àquele ora a esse<sup>64</sup>, pois “[u]m princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade, com efeito, que explica como se define o que é o interesse público em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer.”<sup>65</sup>

Por fim, porque o «princípio» da supremacia do interesse público encerra uma ideia absoluta de que o interesse público deverá sempre prevalecer sobre o interesse privado, ele não pode ser conceitualmente conduzido à categoria das normas-princípio, já que ele inviabiliza a sua concretização em diversos graus.<sup>66</sup> Igualmente, por impossibilitar a aplicação da ponderação, impede que a máxima realização de cada interesse em conflito seja alcançada, evidenciando a sua incompatibilidade normativa com os postulados da concordância prática e da proporcionalidade.<sup>67</sup>

Uma demonstração clara que a CRFB não agasalha a primazia de interesses coletivos sobre interesses privados é a garantia de **impenhorabilidade do bem de família**, prevista na LF nº 8.009, de 29 de março de 1990 – diploma sobre cuja constitucionalidade não pairam quaisquer questionamentos –, frente a qualquer tipo de dívida<sup>68</sup>, inclusive as de natureza pública, tais como as fiscais e as previdenciárias. Segundo o art. 1º dessa lei, considera-se bem de família o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, com a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Uma análise teleológica da impenhorabilidade do bem de família encontrará na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB) e na proteção da família (art. 226 da CRFB) as justificativas para o tratamento especial conferido ao imóvel residencial usado para a moradia familiar permanente. Não vamos ao extremo de defender a imunização do bem de

---

<sup>64</sup> *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86.

<sup>65</sup> BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, in SARMENTO, Daniel. (org.). Op. cit., p. 155.

<sup>66</sup> ÁVILA, H. Op. cit., p. 9.

<sup>67</sup> Idem, p. 14.

<sup>68</sup> Ressalvadas as hipóteses de seu art. 3º.



família contra a *potestas expropriandi*, mas, com base nos mesmos fundamentos que sustentam a sua impenhorabilidade, somos levados a crer que um **ônus argumentativo mais agravado** há de ser imposto às DUPs que recaem sobre propriedades dessa natureza.

Para que esse encargo acrescido seja efetivo, faz-se imprescindível a reformulação legal do procedimento expropriatório, de modo a condicionar a validade da DUP à **audiência prévia** do expropriado e dos demais interessados. Na sequência das manifestações dos interessados sobre o mérito e a legalidade da desapropriação, que haveria de ocorrer dentro de um prazo razoável, o expropriante ficaria obrigado a motivar fundamentadamente a DUP, sem olvidar de se pronunciar acerca dos argumentos invocados pelos participantes. A obrigatoriedade de inquéritos públicos antecedentes à expropriação total ou parcial de imóveis ou de direitos reais imobiliários é prevista no direito francês, mais concretamente no art. L11-1, inciso I, do *Code de l'Expropriation*<sup>69</sup>.

Para além de conferir efetividade à proteção especial do bem de família nas expropriações por utilidade pública, a sistemática proposta por nós teria a vantagem de aumentar a legitimidade democrática dos procedimentos de desapropriação, pois aproximaria os cidadãos (interessados) da Administração Pública, desverticalizando ou desacentuando a verticalização do processo de tomada de decisões públicas. Ademais, o pronunciamento obrigatório do expropriante sobre as alegações dos interessados colhidas na audiência prévia proporcionaria ganhos qualitativos no controle judicial autônomo ou substancial das desapropriações, pois os juízes – sem receio de infringir o princípio da separação de Poderes – estariam munidos de elementos suficientes (as razões exteriorizadas na motivação da DUP) para investigar eventual **excesso de poder** pelo expropriante no exercício de sua competência discricionária (cfr. tópico 5.2.).

---

<sup>69</sup> “L11-1 – (I) L'expropriation d'immeubles, en tout ou partie, ou de droits réels immobiliers ne peut être prononcée qu'autant qu'elle aura été précédée d'une déclaration d'utilité publique intervenue à la suite d'une enquête publique et qu'il aura été procédé contradictoirement à la détermination des parcelles à exproprier ainsi qu'à la recherche des propriétaires, des titulaires de droits réels et autres intéressés.”

## 4. A JUSTA INDENIZAÇÃO

O sentido e o alcance da justa indenização, que, repise-se, é um pressuposto de legitimidade da expropriação e, simultaneamente, a principal garantia do expropriado, não podem ser compreendidos em sua integralidade sem que inicialmente digressionemos para a função social do direito de propriedade. Por esse motivo, nas linhas que se seguem, apresentaremos evolução histórica da função social da propriedade, seu enquadramento normativo e seu tratamento na jurisprudência brasileira.

### 4.1. A função social da propriedade

A teoria da função, obrigação ou vinculação social da propriedade é antiga e pode ser encontrada na obra de São Tomás de Aquino, posteriormente na doutrina social da Igreja Católica e, no início do século passado, no pensamento de Léon Duguit.<sup>70</sup> Em «*Les transformations du droit publique*», mediante uma abordagem precipuamente sociológica, que concebe o direito não como a resultante da atuação legislativa, mas como consequência constante e espontânea dos fatos, esse último defendia que, não obstante a eventual inércia do legislador, as necessidades sociais cotidianas acabam por plasmar a todo tempo novos institutos jurídicos. Dentro desse quadro, operou-se a transformação do direito de propriedade, evoluindo de um direito subjetivo absoluto do proprietário para uma função social do possuidor da riqueza. Para o jurista francês, esse instituto originou-se como resposta a necessidades econômicas e que, sendo essas interdependentes das necessidades sociais, é natural a transição para a propriedade socialmente obrigada.<sup>71</sup>

Duguit critica a falta de preocupação com o exame da legitimidade das apropriações existentes de fato e com a determinação de seu fundamento no Estado Liberal. Com base no art. 544 do Código Civil Napoleônico, a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que não se lhe faça uma utilização proibida pelas leis ou pelos regulamentos.<sup>72</sup> Em sua ótica, não era mais

---

<sup>70</sup> CORREIA, F. A. *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 813.

<sup>71</sup> JELINEK, R. Op. cit., pp. 10-11.

<sup>72</sup> “Article 544

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.”

compatível com a realidade vislumbrá-la em termos absolutos ou incondicionados, antes, era necessário concebê-la como propriedade-função, isto é, como um poder jurídico que tem uma razão específica de ser, da qual não se pode esquivar: satisfazer as necessidades individuais e coletivas. Semelhante à doutrina do abuso de direito, o autor inova ao lançar sobre o direito um olhar orientado para o cumprimento de funções ditadas pela solidariedade social.<sup>73</sup>

Essa evolução da teoria da propriedade privada é, porém, indissociável de seu momento histórico: a transição do Estado Liberal para o Estado Social. Ocorre que o cenário de individualismo exacerbado ao qual fizemos alusão acarretou uma incompatibilidade flagrante entre os ideais revolucionários burgueses e as precaríssimas e aviltantes condições materiais das classes subalternas daquele período. Nesse contexto de exploração do proletariado pela burguesia, a Primeira Grande Guerra (1914-1918) denunciou a crise dos imperialismos e disparou o tiro de misericórdia na propriedade enquanto instituição absoluta e incondicionada, ensejando pouco tempo depois o reconhecimento de direitos sociais, também conhecidos como direitos humanos de segunda geração.

Assim, como exemplo inaugural da teoria da função social da propriedade no direito positivo, temos a Constituição Mexicana de 1917, nomeadamente seu art. 27.<sup>74</sup> De acordo com esse dispositivo, em síntese, o Estado possuía a prerrogativa de condicionar a propriedade privada ao interesse público, regular o aproveitamento de seus recursos naturais de modo a distribuir equitativamente a riqueza pública, e ainda cuidar de sua conservação. Essa previsão normativa serviu de inspiração para que o art. 153 da Constituição de Weimar de 1919<sup>75</sup> consagrasse a fórmula: “A propriedade obriga. O seu uso deve servir ao mesmo tempo ao interesse comum.”

---

<sup>73</sup> JELINEK, R. Op. cit., pp. 11-12.

<sup>74</sup> “Art. 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Esta no podrá ser apropiada sino por causa de la utilidad pública y mediante indemnización.

**La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles (sic) de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación (...)** – grifos nossos.

<sup>75</sup> “Artikel 153

Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.

No Brasil, o art. 113 (17) da Constituição Federal de 1934<sup>76</sup> marcou o ponto de viragem do modelo liberal clássico de propriedade privada, incutindo nela uma vinculação social. A seu turno, o Estatuto da Terra (LF nº 4.504, de 30 de novembro de 1964) pode ser apontado como o primeiro diploma legal brasileiro, ainda que adstrito à temática agrária, a definir quando a propriedade desempenha integralmente a sua função social. Segundo o § 1º de seu art. 2º, “A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.”

Mas foi somente no art. 160 da Constituição Federal de 1967, com a redação da EC nº 1/1969<sup>77</sup>, outorgada no auge da repressão da ditadura militar, que a função social da propriedade foi finalmente incorporada *ipsis litteris* no direito positivo brasileiro, como um princípio da ordem econômica e social. É sintomático, contudo, o momento em que entraram em vigor tanto o Estatuto da Terra quanto a EC nº 1/1969.

Relembremos que, com o mundo em plena Guerra Fria e a Revolução Cubana (1959) ainda no retrovisor, o, então, presidente João Goulart promulgou, em 10 de setembro de 1962, a Lei das Desapropriações por Interesse Social (LF nº 4.132/1962). De inegável viés socialista, seu art. 1º dispunha que “[a] desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social”. Após uma sucessão de acontecimentos, os militares, apoiados pelos setores conservadores da sociedade brasileira, com receio da «ameaça comunista»,

---

Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. **Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste**” – grifos nossos.

<sup>76</sup> “Art. 113. (...)”

17) **É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo**, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior” – grifos nossos.

<sup>77</sup> Muitos juristas referem-na como «Constituição de 1969» por se tratar, na prática, de uma nova Constituição, não de uma emenda.

assaltaram o poder com um golpe de estado no dia 31 de maio de 1964, depondo o presidente João Goulart.

Se não se pode afirmar peremptoriamente que a menção à função social da propriedade tanto no Estatuto da Terra quanto na EC nº 1/1969 tinham como único intuito «amansar» os movimentos sociais das camadas populares do campo e evitar outra insurreição revolucionária no continente americano, indícios existem para tal assertiva. De acordo com Rochelle Jelinek, “[a] criação do Estatuto da Terra e a promessa de uma reforma agrária foi a estratégia utilizada pelos governantes para apaziguar os agricultores e tranquilizar os grandes proprietários de terra. As metas estabelecidas pelo Estatuto da Terra eram basicamente duas: a execução de uma reforma agrária e o desenvolvimento da agricultura. Décadas depois, pode-se constatar que a primeira meta ficou apenas no papel, enquanto a segunda recebeu grande atenção, principalmente no que diz respeito ao desenvolvimento capitalista ou empresarial da agricultura.”<sup>78</sup>

Em 1985, com a volta dos civis ao poder, o país retorna oficialmente à democracia. Dois anos depois, é formada a Assembleia Nacional Constituinte a qual irá elaborar e promulgar a «Constituição Cidadã» de 1988. O legislador constituinte não apenas ratificou a obrigação social da propriedade na Carta Magna como foi além e achou por bem delinear os seus contornos.

Assim, a **função social** da propriedade encontra-se estremada na Constituição quanto à propriedade urbana e quanto à propriedade rural. O art. 182, § 2º, define que “[a] **propriedade urbana** cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” – grifos nossos<sup>79</sup>. O art. 39 do Estatuto da Cidade complementa ainda que a propriedade urbana há de assegurar “o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao

---

<sup>78</sup> Op. cit., p. 18 (nota de rodapé nº 47).

<sup>79</sup> Na hipótese de determinada cidade não possuir plano diretor para explicitar as exigências fundamentais de ordenação da cidade, não se deve interpretar tal fato como uma desobrigação do proprietário para com a função social da propriedade. Mesmo nos casos em que seja dispensável o PDM, ainda assim o proprietário estará limitado pelos direitos dos vizinhos e pelos regulamentos administrativos. Nesse sentido, cfr. RE nº 178.836-4/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 20 de agosto de 1999. Rel. Min. Carlos Velloso.

desenvolvimento das atividades econômicas”, consoante as diretrizes gerais da política urbana de seu art. 2º.<sup>80</sup>

Já o art. 186, nitidamente inspirado pelo Estatuto da Terra, dispõe que “[a] função social é cumprida quando a **propriedade rural** atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes critérios: (I) o 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; e (IV) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores” – grifos nossos.

---

<sup>80</sup> “Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; h) a exposição da população a riscos de desastres. VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.”

A propriedade, enquanto **expressão econômica**, nasce da necessidade de os indivíduos planejarem com tranquilidade o rumo de suas vidas, relacionando-se fortemente com a ideia de segurança jurídica. Simultaneamente, a consagração do direito de propriedade tem como finalidade garantir a liberdade pessoal de seu titular, permitindo que conforme sua vida mediante decisões relativas a seu patrimônio privado, bem assim possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade, entendida em sentido *lato* para abarcar a livre iniciativa econômica.<sup>81</sup> Enquanto **expressão social**, ela surge ante o reconhecimento que a propriedade como direito subjetivo absoluto gera desigualdades e distorções incompatíveis com o ideal democrático. Assim, a doutrina fala de uma dupla função da propriedade: uma **função pessoal e privada**, evidenciada na liberdade econômica de seu titular; e uma **função social e pública**, que, sem desconsiderar a discricionariedade do proprietário, orienta-a ao bem comum.<sup>82</sup>

Importa dizer que a função social não deve ser entendida hodiernamente como um elemento exterior ao direito de propriedade privada; ela é, ao contrário, uma componente inseparável de seu conteúdo, assim como o são os direitos tradicionais de uso, gozo, disposição e reivindicação.<sup>83</sup> Se se tiver em mente que o direito de propriedade privada só existe quando reconhecido pela sociedade perante a qual ele é reclamado, parece lógico supor, então, que é essa mesma sociedade quem lhe legitima e torna-o oponível, donde decorre que ele deve servir intrinsecamente ao interesse comunitário. Diante de tal quadro de coisas, seria paradoxal vislumbrar a propriedade desvinculada *ab initio* de sua vinculação social, como se essa lhe fosse algo alheio ou um elemento externo, que, no entanto, por força das circunstâncias, poder-se-lhe-ia contrapor.

Concebendo a função social como parte integrante da propriedade, poder-se-ia cogitar que defender a ideia de tal função seria um ato de incoerência, pois se estaria admitindo por vias oblíquas que a propriedade é incondicionada até o momento em que se depare com tal dever. Podemos responder com Ana Raquel Moniz que, embora pertinente

---

<sup>81</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2008, pp. 803-804.

<sup>82</sup> Idem, p. 810.

<sup>83</sup> JELINEK, R. Op. cit., pp. 21-22.

a crítica, o uso do termo é justificado, a um, por ser um meio de enfatizar a superação da visão absolutista de propriedade e, a dois, por sua significativa consagração dogmática.<sup>84</sup>

Nesse sentido, a função social densifica os contornos do direito de propriedade privada, impondo ao proprietário **obrigações negativas** (obrigações de não fazer)<sup>85</sup>, **obrigações positivas** (obrigações de fazer)<sup>86</sup> e **obrigações modais** (i.e., condições relacionadas com a forma como o exercício de determinados poderes inerentes à propriedade deve ser realizado)<sup>87</sup>. Por essa razão, devido a sua maior abrangência, não é possível enquadrar a função social da propriedade dentro do conceito do CTN de **poder de polícia**<sup>88</sup> ou como sua mera extensão.<sup>89</sup>

Outro papel de relevo da função social é a distinção objetiva (uma vez que a distinção subjetiva evidencia-se) que ela desempenha na delimitação do que é propriedade pública e do que é propriedade privada, distinção essa vinculada no grau de intensidade que ela exerce sobre a propriedade. De um lado, a propriedade pública, com seu regime jurídico altamente funcionalizado, é uma **propriedade finalista**, é dizer, orientada eminentemente para interesses ou funções públicas; de outro lado, a propriedade privada, conquanto vinculada socialmente, tem um regime jurídico essencialmente de direito

---

<sup>84</sup> *O domínio público – o critério e o regime jurídico da dominialidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 309 (nota de rodapé nº 12).

<sup>85</sup> Citamos exemplificativamente os §§ 1º e 2º do art. 1.228 do CC, *in verbis*: “§ 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.” e “§ 2º. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

<sup>86</sup> Por exemplo, o supracitado *caput* do § 4º do art. 182 da CRFB assevera que “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...”.

<sup>87</sup> É o caso do inciso IV do § 1º do art. 225 da CRFB, a saber: “[E]xigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

<sup>88</sup> “Art. 78. Considera-se **poder de polícia** atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder” – grifos nossos.

<sup>89</sup> JELINEK, R. Op. cit., p. 26.



privado e volta-se prioritariamente a interesses privados (do proprietário), podendo ser havida como uma **propriedade com função**.<sup>90</sup>

A respeito da vinculação social da propriedade, um dos aspectos mais problemáticos e complexos do direito do urbanismo é a demarcação da fronteira entre (I) as restrições de parcelamento, uso e ocupação do solo resultantes das opções dos planos de ordenamento do território com eficácia vinculativa direta e imediata dos particulares – nomeadamente, os planos diretores – as quais acarretam sacrifícios especiais e anormais ao direito de propriedade do solo, ferindo o **princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização** (art. 2º, inciso IX, do Estatuto da Cidade), que devem ser indenizadas;<sup>91</sup> e (II) as restrições de parcelamento, uso e ocupação do solo resultantes da imposição geral e abstrata da lei ou de determinações dos planos urbanísticos as quais se limitam a esclarecer o conteúdo do direito de propriedade, que, em regra, não dão lugar à indenização.<sup>92</sup>

Quanto às restrições as quais decorrem da vontade geral e abstrata da lei, essas não dão lugar à indenização, porque não impõem danos ou encargos especiais e anormais a uma ou mais faculdades do direito de propriedade. Dessa forma, em se tratando de um ônus que recai sobre a coletividade de um modo geral, não se justifica que essas restrições sejam indenizadas, porquanto não violam o **princípio da igualdade**, consubstanciado no art. 5º, *caput*, da CRFB. A única exceção admissível é a da limitação que, não obstante afete a generalidade das pessoas, acarreta um aniquilamento do núcleo do direito de

---

<sup>90</sup> MONIZ, A. R. G. Op. cit., pp. 313-316.

<sup>91</sup> O direito português consagrou o **princípio da subsidiariedade do dever de indenização das expropriações dos planos** no art. 18º, nº 2, da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, segundo o qual “[e]xiste dever de indenizar sempre que os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares determinem restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriação, a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados que não possam ser compensados nos termos do número anterior [esse impõe aos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares o dever de prever mecanismos equitativos de perequação compensatória].”, e no art. 143º, nº 1, do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, segundo o qual “[a]s restrições determinadas pelos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares apenas geram um dever de indenizar quando a compensação nos termos previstos na seção anterior [Da compensação] não seja possível.” Cfr. CORREIA, F. A. Op. cit., 2008, pp. 760-761.

Não obstante diverjamos da nomenclatura «expropriações dos planos», pelos mesmos fundamentos empregados contra as «expropriações de sacrifício», pensamos que, a despeito de o ordenamento jurídico brasileiro não fazer menção expressa ao aludido princípio, uma conjugação do princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes dos processos de urbanização com as limitações prático-orçamentais nas quais esbarra a Administração na planificação territorial permite-nos inferir logicamente a subsidiariedade do dever de indenizar.

<sup>92</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2008, pp. 740-741.

propriedade, pois em tal situação estaríamos perante um ato do Poder Público que não tomou em devida conta o **postulado da proibição do excesso**, infringindo o núcleo essencial do direito de propriedade.

Essa questão foi objeto de apreço pela 2ª Turma do STF, no «RE nº 140.436-1/SP»<sup>93</sup>, num caso onde os proprietários de um imóvel situado à margem de um reservatório aquífero pretenderam uma indenização do Estado de São Paulo, pois, baseando-se em duas leis estaduais as quais almejavam proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana, o Município de Rio Grande da Serra impôs-lhes uma limitação administrativa (precisamente, o recuo de 50 metros em projeção horizontal para fins de edificação) sobre o seu terreno.

Ficou provado nos autos que a restrição imposta à gleba afetava o *jus ædificandi*<sup>94</sup> dos proprietários de modo excepcional, fulminando por completo o direito de construir, porém, como uma das leis limitadoras foi promulgada previamente ao ato aquisitivo de propriedade e a outra era previsível, negou-se-lhes a indenização. Para nós, o que realmente desperta interesse nesse acórdão é menos o deslinde da controvérsia, porquanto resolvida por questão fática, e mais os fundamentos de direito da decisão recorrida transcritos pelo ministro relator.

Segundo consta daquele aresto, “quando as normas restritivas são de **caráter geral**, impostas no interesse público, não se justifica a indenização, pois não se trata de restrição imposta a determinados indivíduos, mas a toda coletividade, caso em que a perda do direito de propriedade é compensado com um benefício de ordem geral, benefício esse que, no caso, é até de preservação da saúde pública.” E termina, “[n]ão pode ter o Estado, então, responsabilidade por ato legislativo, por norma geral e abstrata, dirigida a toda a coletividade, quando sacrifica interesses particulares a bem dessa mesma coletividade. (...) [A] **responsabilidade extracontratual do Estado** com base em atos legislativos só opera quando o legislador expressamente a reconheça ou **quando haja prejuízo excepcional, anormal**” – grifos nossos.

---

<sup>93</sup> RE nº 140.436-1/SP (2ª Turma), in Diário da Justiça, 06 de agosto de 1999. Rel. Min. Carlos Velloso.

<sup>94</sup> Acerca da controvérsia jurídica se o *jus ædificandi* integra ou não o conteúdo do direito de propriedade do solo, cfr., por todos, CORREIA, F. A. Op. cit., 2008, pp. 830 e ss.

Quanto às restrições referidas em último lugar, quais sejam as resultantes das disposições dos planos urbanísticos que tão-somente definem os contornos do direito de propriedade, a sua relevância obriga-nos a dedicar algumas linhas a mais do que as dispensadas à explicação do ponto imediatamente antecedente. Primeiramente, diga-se que a propriedade do solo goza de um regime jurídico especial distinto dos demais bens patrimoniais (móveis ou imóveis; corpóreos ou incorpóreos; fungíveis ou infungíveis), devido a sua **escassez e irreprodutibilidade e indispensabilidade** à realização do homem. Mesmo entre si os bens fundiários podem ser objeto de regimes jurídicos diferenciados conforme a classificação (urbano ou rural) e a qualificação (v.g., áreas urbanizadas; áreas urbanizáveis; áreas de expansão urbana; áreas destinadas à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial; áreas de risco e de interesse ambiental; áreas para habitação de interesse social; áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico; áreas de especial interesse turístico; áreas de preservação permanente) definidas em lei ou nos planos.<sup>95</sup>

A nosso encontro, no «RE nº 76.864/GB»<sup>96</sup>, a 1ª Turma do STF analisou a constitucionalidade da restrição ao direito de construir imposta à propriedade dos recorrentes por um plano de urbanização (Dec. Estadual nº 576/1966). Inicialmente, os proprietários impetraram mandado de segurança contra ato do Diretor do Departamento de Edificações, que, com base em plano de urbanização, indeferiu licença para a construção de um edifício em sua propriedade. O juízo de primeiro grau concedeu a segurança sob o fundamento que o plano criava uma modalidade de privação do direito de propriedade não albergada pela Lei Fundamental. No entanto, essa sentença foi reformada por decisão majoritária dos desembargadores em segunda instância, por entenderem que o direito de construir pode ser limitado pelo poder de polícia, *in casu*, o plano de urbanização.

No julgamento do recurso extraordinário, sustentou o ministro relator que a Constituição garante a proteção da propriedade, todavia condicionada à sua função social. Além disso, o *jus aedificandi* deve ser exercido com a observância dos regulamentos administrativos, que, naquele particular, consubstanciam-se no plano. Fazendo coro ao voto do relator, o Ministro Rodrigues Alckmin arrematou que, se obras urbanísticas de grande alcance estão sendo realizadas pelo Estado e as expropriações acessórias ao plano

---

<sup>95</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2008, pp. 816-817.

<sup>96</sup> RE nº 76.864/GB (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 22 de novembro de 1974. Rel. Min. Aliomar Baleeiro.

sendo feitas, não se justifica licenciar construções que possam vir a embaraçar a execução do plano urbanístico.

Tomando como base tais premissas, a doutrina e a jurisprudência alemãs construíram o entendimento que a propriedade fundiária está sujeita a uma vinculação social agravada em relação aos demais bens, a que chamou de **vinculação situacional da propriedade do solo** (*Situationsgebundenheit*). O **sentido** dessa subespécie da função social é o de que existem terrenos que, devido a sua especial **situação factual**, ou seja, por causa de sua característica ou qualidade própria, estão immanentemente onerados em suas potencialidades. O **alcance** da vinculação situacional é a possibilidade de restringir legislativa ou administrativamente virtuais utilidades da propriedade do solo sem que se configure uma medida de cariz expropriatório. Nesses casos, a atuação do legislador ou da Administração tem verdadeiramente o escopo de aclarar as qualidades preexistentes do solo, densificando, e não comprimindo, o conteúdo do direito de propriedade.<sup>97</sup>

Por derradeiro, se é inequívoco que a função social da propriedade não se equipara à expropriação, tampouco aceitamos que ela seja o alicerce do *jus expropriandi*. Sem embargo, excepcionalmente a função social pode vir a ser a causa da expropriação. Isso ocorrerá quando o Poder Público, com o propósito de garantir que a propriedade urbana ou rural cumpra a sua função social, lançar mão da **expropriação-sanção** (seja ela uma desapropriação urbanística sancionatória ou uma desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária). Entretanto, mesmo então, ela será um fundamento apenas indireto, pois, a rigor, estaremos diante de desapropriações por causa de interesse social, como aduzimos anteriormente.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2008, pp. 819-821.

<sup>98</sup> “A desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, constitui modalidade especial de intervenção do poder público na esfera dominial privada. Dispõe de perfil jurídico-constitucional próprio e traduz, na concreção do seu alcance, uma reação do Estado à descaracterização da função social que inere à propriedade privada. A expropriação-sanção foi mantida pela Constituição de 1988, que a previu para o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social (art. 184, caput), hipótese em que o valor da justa indenização – embora prévia – será pago em títulos da dívida pública. A exigência constitucional da justa indenização representa consequência imediatamente derivada da garantia de conservação que foi instituída pelo legislador constituinte em favor do direito de propriedade.” Cfr. MS nº 21.348/MS (Plenário), in Diário da Justiça, de 08 de outubro de 1993. Rel. Min. Celso de Mello.

## 4.2. O sentido de justa indenização

Prestados os esclarecimentos sobre a função social da propriedade, compete-nos agora descortinar o que se entende por «justa indenização». Conforme referido, o art. 5º, inciso XXIV, da CRFB estatui que a desapropriação é obrigatoriamente acompanhada de justa e prévia indenização em dinheiro, mas relegou à doutrina e à jurisprudência a tarefa de definir o significado de indenização «justa». O sentido de justa indenização pressupõe que o particular deve ser **compensado integralmente** pelo prejuízo incorrido com a expropriação, de modo que fique em condições de adquirir, se assim desejar, um bem semelhante ao que lhe foi retirado (**teoria da substituição**). Para ser justa, a recomposição precisa ser exata, não podendo ficar nem aquém nem além do desfalque suportado pelo expropriado. Se é certo que a expropriação não deve ser causa de empobrecimento, é igualmente correto que ela não deve ser fonte de locupletamento.<sup>99</sup>

O **valor de mercado**, também designado por valor venal, é apontado pela doutrina e pela jurisprudência como o critério que mais se aproxima da compensação integral a ser atribuída ao expropriado. É ponto pacífico que a justa indenização é calculada mais em função do prejuízo que é imposto ao expropriado do que em razão da vantagem auferida pelo beneficiário da expropriação. No direito estadunidense, pese embora a Supreme Court reconheça que a *just compensation* deve ser justa quer para o expropriado quer para os não expropriados e que o valor de mercado não necessariamente compensa de forma plena o encargo público suportado pelo proprietário, o *quantum indemnizatur* é quase sempre uma tradução literal do valor venal do bem desapropriado.<sup>100</sup>

Também no direito português, em sentido idêntico, o art. 23, nº 1, do Código das Expropriações, dispõe que “[a] justa indenização não visa compensar o benefício alcançado pela entidade expropriante, mas ressarcir o prejuízo que para o expropriado advém da expropriação, correspondente ao valor real e corrente do bem de acordo com o seu destino efetivo ou possível numa utilização econômica normal, à data da publicação da declaração de utilidade pública, tendo em consideração as circunstâncias e condições de fato existentes naquela data.”

---

<sup>99</sup> SALLES, J. C. de M. Op. cit., p. 460.

<sup>100</sup> BYRNE, J. P. Condemnation of low income residential communities under the takings clause, in *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, nº 23, 2005, p. 165.

Consoante referimos *supra*, o valor de mercado não deve ser entendido em termos absolutos, ao revés, ele há de ser compreendido **em sentido normativo ou habitual**, isto é, excluídos quaisquer elementos puramente especulativos ou quaisquer acréscimos de valor com origem na própria DUP ou em circunstâncias supervenientes à notificação expropriatória; e, ainda, quaisquer mais-valias para as quais tenha concorrido financeiramente toda a coletividade.

Cingindo-nos aos bens de raiz – sem dúvida a espécie de propriedade mais visada pelas expropriações por utilidade pública – três são os métodos principais adotados pelos peritos para apurarem o valor de mercado dos bens expropriados, a saber: (I) método comparativo; (II) método do custo; e (III) método da renda. Primeiramente, o **método comparativo**, também denominado método dos dados do mercado, é o mais usualmente empregado pelos avaliadores, sendo considerado o mais simples, prático, seguro e exato para a determinação do valor venal da coisa. Ele consiste na comparação de parte semelhantes de propriedades distintas e baseia-se na lógica de que o valor da propriedade corresponde ao preço obtenível no mercado, sem esforço indevido e com tempo razoável para achar um comprador. Fundamentalmente, esse método realiza uma coleta de dados das vendas realizadas, preços de ofertas, cotações e opiniões de especialistas.<sup>101</sup>

Em segundo lugar, o **método do custo** separa-se em duas etapas: a estimativa do valor do terreno e a avaliação do preço das estruturas; na determinação desse último, são descartadas as benfeitorias úteis e voluptuárias. Por último, no **método da renda** projeta-se a renda líquida futura do proprietário, descontam-se os juros e o valor obtido é o valor capitalizado da propriedade. Aplica-se aos casos em que a estrutura é adequada ao imóvel e onde não existe possibilidade de lucro pela reforma.<sup>102</sup>

Não obstante o valor venal da propriedade seja o critério mais idôneo para recompor a posição jurídica do particular atingida pela expropriação, nem sempre ele é suficiente para compensar todos os prejuízos causados àquele. Com efeito, existem **danos derivados ou subsequentes** ao dano patrimonial principal que podem eventualmente ser verificados nas desapropriações por utilidade pública os quais fogem do alcance desse critério. Aliás, convém reforçar que a Constituição não fala que o expropriado deve ser

---

<sup>101</sup> SALLES, J. C. de M. Op. cit., pp. 479-481.

<sup>102</sup> Idem, *ibidem*.

indenizado pelo valor de mercado do direito patrimonial afetado, antes, impõe que ele seja justamente indenizado, expressões com significados distintos, ainda que tenham pontos comuns.

A justa indenização é um **conceito jurídico indeterminado**, mas nem por isso desprovido de qualquer sentido. Na trilha de Alves Correia, podemos aduzir que esse conceito traz em si três ideias, a saber: (I) a proibição de indenizações irrisórias ou simbólicas; (II) o respeito ao princípio da igualdade perante os encargos públicos; e (III) a consideração do interesse público da expropriação. As duas primeiras ideias têm como perspectiva a esfera de interesses do expropriado, enquanto que a última é um contrapolo, focando-se nos interesses da coletividade, *rectius*, dos não expropriados.<sup>103</sup>

Quanto à **proibição de indenizações irrisórias ou simbólicas**, uma indenização, para ser justa, precisa corresponder ao dano imposto ao expropriado, sendo apta a compensá-lo de forma plena. Portanto, ela não pode ser calculada abstratamente, devendo sempre ter como base de referência o bem desapropriado.

Quanto ao **respeito ao princípio da igualdade perante os encargos públicos**, essa ideia subdivide-se em duas dimensões, quais sejam a da **relação interna** e a da **relação externa** da expropriação. O **princípio da igualdade na relação interna** da expropriação é, antes de mais, um pressuposto de congruência e uniformidade dos critérios de indenização, no sentido de que particulares em situações idênticas não podem receber compensações quantitativamente distintas. O **princípio da igualdade na relação externa** da expropriação determina que uma justa indenização deva reequilibrar a relação entre os expropriados e os não expropriados perante os encargos públicos. Isso significa que a posição de desigualdade em comparação aos demais cidadãos na qual o particular afetado pela ablação de seu patrimônio é colocado, com vistas à consecução de uma utilidade pública, deve ser corrigida equitativamente entre todos.

Quanto à **consideração do interesse público da expropriação**, não se pode perder de vista que a desapropriação é um instituto jurídico vocacionado para o cumprimento de uma utilidade pública, pelo que a indenização não pode levar em conta única e exclusivamente os interesses do expropriado. Sendo assim, ela não pode deixar de

---

<sup>103</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2010, pp. 209-217.

contemplar critérios redutores do valor de mercado do bem, com o fito, entre outros, de remover os elementos especulativos; de desconsiderar as benfeitorias desnecessárias realizadas após a DUP e/ou as com o intuito de elevar o valor das indenizações; e de subtrair do cômputo indenizatório final as valorizações originadas pela própria DUP ou por despesas custeadas pela coletividade.

Por essa razão, o art. 27, *caput*, da LGD arrolou cinco parâmetros – entre os quais o valor de mercado – para auxiliar os juízes na espinhosa missão de fixar o valor da justa indenização nos processos de expropriação litigiosa. Conforme esse dispositivo legal, “[o] juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.” Trata-se de um *numerus apertus* de critérios, o que deduzimos do emprego do advérbio «especialmente», pelo que os aplicadores da norma devem tomá-los em consideração, mas não estão por eles limitados.

Indispensável mencionar que não somente expropriações devem ser acompanhadas de justa indenização, mas também as «expropriações» indiretas, assim como quaisquer danos ou encargos especiais e anormais infligidos aos bens dos particulares por atos do Poder Público **com intencionalidade ablativa**. Embora, pelas razões previamente apresentadas, não se constituam como expropriações, tais ilícitos seguem o **regime das expropriações por utilidade pública**. Ocorre que sendo esse mais benéfico para o particular, já que impõe a forma de pagamento em dinheiro e à vista, consentir que o Estado indenizasse pelo regime geral da responsabilidade civil extracontratual seria duplamente injusto. Em primeiro lugar, porque permitiria que a indenização por atos lícitos fosse mais restritiva do que a indenização por atos ilícitos, sendo que esses resultam naturalmente em danos mais severos para a vítima em comparação àqueles; e, por último, porque agraciaria o Poder Público com um regime indenizatório mais favorável quando agisse ilegalmente do que quando praticasse um ato lícito.

Dada a natureza ilícita de tais ablações intencionais, a consideração do interesse público da expropriação – ideia presente no conceito de justa indenização – fica mitigada. Assim, como não podem ser iguais o regime jurídico da justa indenização por atos lícitos



(*rectius*, expropriações por utilidade pública) e o por atos ilícitos, entendemos que esse deve compreender **todos os prejuízos subsequentes ou derivados** (danos emergentes, lucros cessantes e danos futuros previsíveis); enquanto que o da indenização por expropriação só abarca os danos subsequentes ou derivados os quais sejam efeito direto e imediato da ablação. Essa diferenciação regimental é corolário do princípio de justiça e tem natureza sancionatória, pois impede que os atos ilícitos do Estado sejam equiparados a seus atos lícitos.<sup>104</sup>

Já os danos ou encargos especiais e anormais infligidos aos bens dos particulares por atos do Poder Público **sem intencionalidade ablativa** devem ser indenizados pelo **regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado**. Como se sabe, a expropriação de imóveis por utilidade pública foi a primeira hipótese consagrada de responsabilidade indenizatória do Estado por atos lícitos e, devido a sua expressa previsão constitucional, goza do *status* de «rainha das figuras indenizatórias»<sup>105</sup>. A indenização por expropriação é, pois, uma exceção à responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos lícitos, de modo que não pode ser irrestritamente estendida a quaisquer atos lícitos do Poder Público que acarretem danos aos particulares.

A indenização por expropriação e a responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos lícitos têm fundamentos, naturezas e critérios próprios. Os fundamentos da primeira são o princípio da igualdade perante os encargos públicos e o princípio da justa indenização, enquanto que o fundamento da última encontra-se tão-só no princípio da igualdade perante os encargos públicos; a natureza da indenização por expropriação é a de pressuposto de validade da desapropriação, ao passo que a natureza da responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos lícitos é a de consequência dos danos ou encargos especiais e anormais; e os critérios da indenização por expropriação são os plasmados na

---

<sup>104</sup> Similarmente, Alves Correia, citando Gomes Canotilho, assevera que “[a] não existir qualquer diferença de tratamento para a Administração atuar legal ou ilegalmente, o que de modo nenhum poderemos aceitar, pois isso seria eliminar um princípio fundamental do Estado de Direito – o princípio da legalidade formal e material.” CANOTILHO, J. J. G. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, p. 289 *apud* CORREIA, F. A. Op. cit., 2010, p. 370.

<sup>105</sup> ANDRADE, J. C. V. de. Op. cit., p. 356.

LGD, enquanto que os critérios da responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos lícitos são o art. 37, § 6º, da CRFB e o art. 43 do CC.<sup>106-107</sup>

### 4.3. O alcance da justa indenização

A lógica subjacente à justa indenização é a de que o particular deve ser compensado integralmente e na exata proporção dos danos que suporta com a ablação de seu direito patrimonial para a satisfação de uma utilidade pública. A compensação não pode servir de instrumento de enriquecimento sem causa, porém deve alcançar uma dimensão tal que lhe recoloca em pé de igualdade perante os demais cidadãos.

Porque a expropriação por utilidade pública é um instituto jurídico que recai direta e exclusivamente sobre bens patrimoniais, a justa indenização traduz-se majoritariamente como uma recomposição do valor venal da propriedade privada adquirida pelo beneficiário da expropriação. Esse é o dano principal incorrido pelo expropriado, porém decerto que não é o único. Com efeito, são de três tipos os prejuízos desencadeáveis pelas expropriações, senão vejamos: (I) danos emergentes (*damnum emergens*); (II) lucros cessantes (*lucrum cessans*); e (III) danos futuros previsíveis.

Os **danos emergentes** nas expropriações por utilidade pública dividem-se em dois tipos: dano principal e danos subsequentes ou derivados. O **dano principal** é a própria ablação do direito de propriedade, que, como vimos, é indenizado por seu valor de mercado correspondente. Desse sacrifício imposto à posição jurídica do expropriado podem emergir ainda danos outros. Assim, os **danos subsequentes ou derivados** são todos os demais prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais os quais resultam para os particulares de forma residual, como efeito direto e imediato da expropriação, e que não sejam abrangidos pelo valor venal da propriedade desapropriada.

A grande dificuldade está em definir o que são «**consequências diretas e imediatas da expropriação**». Para nós, a melhor interpretação é a que, acolhendo os danos subsequentes ou derivados efetivos, exclui os meramente previsíveis, prováveis ou

---

<sup>106</sup> “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

<sup>107</sup> Em perspectiva similar, cfr. CORREIA, F. A. Anotação ao Acórdão do 2º Juízo do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), de 18 de outubro de 2012, Processo nº 01597/06, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141, nº 3977. Coimbra: Coimbra, 2012, pp. 140-141.

possíveis. Não se exige uma paridade temporal absoluta, mas há de ser reconhecível um nexo de causalidade tal que impeça a perpetuação consequential da indenização por expropriação. Dizendo de outro modo, ficam de fora dessa categoria os danos subsequentes ou derivados que sejam consequência indireta da expropriação, ou seja, desencadeados por elementos estranhos ou posteriores a ela (v.g., a diminuição do valor panorâmico da área remanescente do imóvel expropriado pela edificação de obra pública na parte desapropriada do terreno).

Sendo o princípio da justa indenização informado pela teoria da substituição, nada mais justo que a compensação integral alcance todos os danos subsequentes ou derivados efetivos da expropriação, do contrário o expropriado não seria verdadeiramente recolocado em condições de obter um bem similar ao que lhe foi subtraído. Mesmo que não pretenda adquirir uma propriedade de características semelhantes ou que, dada a exclusividade do bem, a substituição seja impossível, essa verba é uma imposição do princípio da igualdade no âmbito da relação interna da expropriação.

Nessa vereda, as **despesas cartoriais** e o **Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a eles relativos (ITBI)** sempre têm de ser computados na indenização por expropriação de propriedades imobiliárias, porque são prejuízos diretos e necessariamente indissociáveis daquele ato. Em se tratando de prédio ocupado para fins habitacionais ou para fins empresariais, devem também ser acrescidas à compensação as **despesas com a mudança do recheio**.

Ainda quanto aos imóveis ocupados para fins empresariais, os expropriados fazem jus a uma indenização pelos prejuízos derivados da **perda do ponto**, isto é, da perda efetiva de clientela gerada pela alteração da localidade do negócio imposta pela desapropriação. Cremos, entretanto, que o beneficiário da expropriação desincumbe-se de tal obrigação indenizatória se fornecer alternativa nas proximidades em condições semelhantes.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> A 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo considerou a perda do ponto como efeito da desapropriação e concluiu que ela enseja a indenização do **fundo de comércio**, porque “pode levar o comerciante a encerrar a sua atividade ou caracterizar um relevante prejuízo com a montagem do novo estabelecimento.” Todavia, naquele caso, o expropriado obteve “nova e melhor localização” em lugar próximo, pelo que só se obrigou ao pagamento das despesas de mudança e as perdas das antigas instalações. Cfr. RDA 121/278 *apud* SALLES, J. C. de M. Op. cit., pp. 466-467.

Como vimos, os danos emergentes podem repercutir tanto nos bens patrimoniais do expropriado quanto em seus bens sem expressão pecuniária direta (v.g., a moral). A doutrina e a jurisprudência brasileiras esmagadoramente majoritárias – e também as estrangeiras – não reconhecem o dever de indenizar os particulares pelos danos expatrimoniais, designadamente pelos **danos morais**, decorrentes da desapropriação.

No direito português, onde a indenização por expropriação deve corresponder ao valor de mercado da propriedade (art. 23º, nºs 1 e 5), segundo critérios objetivos (arts. 25º a 28º), os valores afetivos do expropriado para com seu bem, por subjetivos, ficam afastados do cálculo da indenização.<sup>109</sup> Igualmente, no direito francês, os prejuízos extrapatrimoniais parecem excluídos do *quantum indemnizatur* pelo artigo L13-13 do *Code de l'Expropriation*, segundo o qual “[l]es indemnités allouées doivent couvrir l'intégralité du préjudice direct, **matériel** et certain, causé par l'expropriation” – grifos nossos.

Contrariamente, na Espanha, o art. 47 da *Ley de Expropiación Forzosa*, tomando em consideração o prejuízo extrapatrimonial infligido ao proprietário, estipula um *premio de afección* de 5% (cinco por cento) sobre o valor final do justo preço a ser pago pelos bens ou direitos expropriados. Se, todavia, devido à natureza da desapropriação, os proprietários conservarem o uso e a fruição desses mesmos bens ou direitos, a referida bonificação indenizatória não tem lugar.<sup>110</sup>

Nos Estados Unidos da América, no rescaldo do caso «Kelo vs. City of New London» (cfr. tópico 5.2.1.2.), diversos estados procederam a alterações legislativas para aumentar a proteção de seus cidadãos face a expropriações por utilidade pública. Nesse diapasão, é de se destacar a *Missouri House Bill nº 1944*, mediante a qual a justa indenização das expropriações cujas DUPs sejam posteriores a 31 de dezembro de 2006 será determinada com base: (I) no valor de mercado; (II) no valor de mercado acrescido de

---

<sup>109</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2010, p. 230 (nota de rodapé nº 198).

<sup>110</sup> “Artículo 47. [Cálculo del premio de afección y supuestos de procedencia e improcedencia]

El 5 por 100 del premio de afección se incluirá siempre como última partida de las hojas de aprecio de los propietarios y de la Administración o de la valoración practicada por el Jurado, y se calculará exclusivamente sobre el importe final del justiprecio de los bienes o derechos expropiables, sin que proceda, por tanto, su abono sobre las indemnizaciones complementarias señaladas en otros artículos de la Ley a favor de titulares de derechos posiblemente distintos del propietario, con la sola excepción de las indemnizaciones debidas a los arrendatarios en caso de privación definitiva para los mismos del uso y disfrute de los bienes o derechos arrendados, en cuya hipótesis sus indemnizaciones se incrementarán también en el precio de afección.

Los propietarios carecerán, en cambio, de derecho al premio de afección cuando por la naturaleza de la expropiación conservan el uso y disfrute de los bienes o derechos expropiados.”

25% (vinte e cinco por cento), em se tratando de propriedade rural; ou (III) no valor de mercado acrescido de 50% (cinquenta por cento), a título de **valor hereditário** (*heritage value*), para propriedades de qualquer natureza que estejam sob o domínio familiar há 50 (cinquenta) anos ou mais. Em caso de conflito de critérios, prevalece o que renda a indenização mais elevada.<sup>111-112</sup>

No Brasil, a LGD é omissa no que concerne à inclusão de danos morais no montante da compensação, predominando o entendimento que o **valor de afeição**, por ter natureza personalíssima, é economicamente inquantificável e, pois, insuscetível de fixação.<sup>113</sup> Portanto, na realidade, não é negada a existência do dano moral, apenas é dito que eles são impassíveis de compensação nas ações de desapropriação. *Data maxima venia*, discordamos dessa posição.

Não obstante os bens extrapatrimoniais não tenham tradução econômica imediata, isso não significa aceitar que uma lesão neles aplicada deva ficar indene. Aliás, com efeito, a compensação financeira vem sendo adotada sistematicamente pelos tribunais brasileiros, de norte a sul do país, nas mais diversas causas, como forma de mitigar sofrimentos psíquicos.<sup>114</sup> Perguntamo-nos, então, qual a justificativa para o tratamento diferenciado às expropriações por utilidade pública? Ora, tendo o art. 37, § 6º, da CRFB acolhido expressamente a **teoria do risco administrativo**, segundo a qual o Estado (só) responde

---

<sup>111</sup> HOTING, S. The Kelo Revolution, in *University of Detroit Mercy Law Review*, n° 86, 2009, pp. 116-117.

<sup>112</sup> “523.001 (...) (2) ‘**Heritage value**’, the value assigned to any real property, including but not limited to, real property owned by a business enterprise with fewer than one hundred employees, that has been owned within the same family for fifty or more years, such value to be **fifty percent of fair market value**;

523.039. In all condemnation proceedings filed after December 31, 2006, just compensation for condemned property shall be determined under one of the three following subdivisions, whichever yields the highest compensation, as applicable to the particular type of property and taking:

(1) An amount equivalent to the fair market value of such property;

(2) For condemnations that result in a homestead taking, an amount equivalent to the fair market value of such property multiplied by one hundred twenty-five percent; or

(3) For condemnations of property that result in any taking that prevents the owner from utilizing property in substantially the same manner as it was currently being utilized on the day of the taking and **involving property owned within the same family for fifty or more years, an amount equivalent to the sum of the fair market value and heritage value**” – grifos nossos.

<sup>113</sup> SALLES, J. C. de M. Op. cit., p. 472.

<sup>114</sup> Cfr., v.g., as súmulas do STJ n°s 281, de 28 de abril de 2004, (“A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”); 326, de 22 de maio de 2006, (“Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.”); e 362, de 15 de outubro de 2008, (“A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.”).

**objetivamente** pelos danos que seus agentes causem a terceiros<sup>115</sup>, não nos parece justificável, nas ações de desapropriação, afastar o dever indenizatório estatal quanto aos danos morais efetivos cujo nexo causal remonte à conduta de seus agentes.

Respondendo o Poder Público independentemente de culpa, perquirir a culpabilidade de sua atuação só guarda relevância prática no que toca à (im)prescindibilidade da demonstração do dano moral. Noutras palavras, a intensidade do *onus probandi* dos danos morais oscilará consoante a licitude dos atos do Poder Público, requerendo ora mais ora menos esforço dos expropriados para comprová-los. Assim, para nós, os danos ou encargos especiais e anormais infligidos aos bens dos particulares por atos do Poder Público com intencionalidade ablativa e as «expropriações» indiretas não carecem de demonstração, pois acarretam **danos morais in re ipsa**.<sup>116</sup> Num Estado democrático de direito, a já referida expressão econômica da propriedade privada assume uma especial importância na garantia da segurança e da liberdade cidadinas, razão pela qual sua supressão fora das condições extraordinárias impostas pela Lei Fundamental gera um **dano presumido** aos indivíduos.

Por outro lado, diante de expropriações por utilidade pública ou de danos ou encargos especiais e anormais infligidos aos bens dos particulares por atos do Poder Público sem intencionalidade ablativa, compete aos particulares fazer prova do dano moral. Nesses casos, o rigor exigido na demonstração do prejuízo extrapatrimonial variará bastante conforme a espécie dos bens, o interesse que deles auferem o proprietário, o tempo que a coisa encontra-se sob sua titularidade e, inclusive, a condição social do expropriado. Assim, por exemplo, o proprietário de terras nuas voltadas à especulação imobiliária é incomparavelmente menos suscetível de indenização por danos morais do que o proprietário removido de sua residência localizada em comunidade popular.<sup>117</sup>

Em se tratando de bens de família, a importância da inclusão dos danos morais na fórmula da justa indenização torna-se tanto mais aguda quanto menor for o valor de mercado do direito expropriado, seja ele um direito de propriedade do solo, um direito

---

<sup>115</sup> CAVALIERI FILHO, S. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado, in *Revista da EMERJ*, vol. 14, nº 55, Rio de Janeiro, 2011.

<sup>116</sup> Sem embargo, a posição largamente prevalecente na jurisprudência ruma em sentido contrário, negando a ocorrência de danos morais.

<sup>117</sup> BYRNE, J. P. Op. cit., p. 163.

obrigacional incidente sobre um imóvel (v.g., direito de arrendamento de prédio rústico ou urbano) ou apenas um direito de propriedade sobre as acessões levantadas de boa fé em terreno alheio (art. 1.255 do CC).

As camadas populares normalmente possuem propriedades de baixo valor, mas sofrem desproporcionalmente pela remoção forçada em comparação com as classes mais abastadas. Essa distorção coloca-lhes dois problemas. Primeiramente, sendo suas propriedades situadas em zonas menos valorizadas, os moradores pobres são os alvos preferenciais da Administração para a implantação de projetos urbanísticos de menor custo. O segundo problema é que esses cidadãos acabam por suportar um ônus comparativamente mais pesado do que o das classes dominantes.<sup>118</sup>

Por exemplo, em ocupações irregulares de bens públicos, como as favelas localizadas em áreas de encosta, onde não se indeniza o expropriado senão pelo valor das construções erigidas de boa fé (muitas delas nem mesmo são edificadas em alvenaria), a indenização pelo valor de mercado diz-nos quase nada. Nas palavras de Valla, “a favela é parte de uma estratégia mais ampla de sobrevivência da parte da população favelada, que inclui outras coisas além do não pagamento da moradia, ou seu barateamento acentuado. Nela está incluída (sic) questões como: menores despesas com os transportes face à maior proximidade do trabalho; barateamento de serviços através de uma rede informal de ajuda entre os moradores; facilidade de ‘biscates’ pelo fato de morar perto das regiões mais ricas da cidade etc.”<sup>119</sup>

Inclusive, a esse respeito, um sub-ramo da psicologia, chamado de «psicologia do lugar», baseia sua lógica na assunção que os indivíduos esforçam-se para pertencer a algum lugar. Esse «*sense of belonging*» seria despertado pela operação de três processos psicológicos: familiaridade, apego e identidade. Assim, quando ocorre um deslocamento, tais conexões emocionais são rompidas, e a desorientação, a nostalgia e a alienação subsequentes podem vir a comprometer particularmente o sentimento de pertença e a saúde mental, de um modo geral.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> Idem, p. 151.

<sup>119</sup> VALLA, V. V. *Educação e favela*. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 93.

<sup>120</sup> FULLILOVE, M. T. Psychiatric Implications of Displacement: Contributions from the Psychology of Place, in *The American Journal of Psychiatry*, n° 153:12, 1996, p. 1518.

Portanto, uma vez que os danos morais sejam uma realidade frequente nas expropriações por utilidade pública – em determinados contextos são até mesmo presumíveis – a questão que se coloca é de ordem prática: como resolver o problema em torno da subjetividade de sua fixação? Pensamos que as aludidas soluções dos direitos espanhol e estadunidense, conquanto devam ser festejadas pela sensibilidade para com a situação dos expropriados, esbarram em vício material de inconstitucionalidade.

Certa feita, o STF teve oportunidade de apreciar recurso extraordinário o qual pretendia fazer incidir sobre o valor da indenização por desapropriação um fator de redução de 60% (sessenta por cento) devido à ausência de posse direta do proprietário. Naquele aresto, a 1ª Turma julgou que a aplicação automática de um percentual qualquer para minorar o valor do imóvel, sem a devida demonstração da depreciação efetiva da propriedade em razão da presença de posseiros, no local viola o princípio constitucional da justa indenização.<sup>121</sup> Logo, *a contrario sensu*, a majoração automática do montante da indenização em percentual ou quantia fixa, a título de compensação por danos morais (valor de afeição), sem que se proceda à comprovação do efetivo prejuízo sofrido pelo expropriado, ofende a garantia constitucional da justa indenização.

A problemática da fixação do valor da indenização por danos morais há de ser resolvida de modo casuístico. Talqualmente recorre-se ao conhecimento técnico dos *experts* do juízo (v.g., engenheiros, arquitetos, agrônomos etc) para a obtenção do valor de mercado de uma propriedade, também a tradução monetária de um prejuízo a bens extrapatrimoniais é missão que fica mais bem entregue nas mãos de peritos oficiais (v.g. médicos, psicólogos, assistentes sociais etc). Ademais, o legislador poderia auxiliar a elaboração de laudos, estabelecendo alguns parâmetros objetivos de quantificação, tais como o número de habitantes no imóvel expropriado, o tempo que o bem pertencia ao proprietário, a proximidade da propriedade com o local de trabalho, a idade dos expropriados etc. Sem prejuízos de outros, todos esses são elementos que balizam e conferem legitimidade ao trabalho dos especialistas. Em nossa opinião, é essa a maneira mais justa e equilibrada de lidar com os interesses antagônicos de parte a parte, de expropriados e beneficiários da expropriação.

---

<sup>121</sup> RE nº 348.769-8/PR (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 19 de maio de 2006. Rel. Min. Sepúlveda Pertence.



Os **lucros cessantes**, diferentemente dos danos emergentes, não são os prejuízos sofridos pelo particular com a desapropriação, e, sim, aquilo que ele razoavelmente deixou de lucrar caso sua propriedade não tivesse sido expropriada (art. 402 do CC)<sup>122</sup>. Assim como acontece com os danos emergentes, a consideração do interesse público da expropriação afasta da justa indenização os lucros cessantes meramente previsíveis, prováveis ou possíveis. Os lucros cessantes para serem exigíveis na ação de desapropriação precisam ser efetivos, isto é, devem ser forçosamente um efeito direto e imediato do ato expropriatório (art. 403 do CC)<sup>123</sup>, sob pena de extensão *ad aeternum* da indenização. Sem embargo, nada impede que os lucros cessantes, em vindo à tona de forma indireta, sejam indenizados (desde que comprovados) em ação direta por quem lhes deu causa, já, então, pelo regime da responsabilidade civil extracontratual.

Contudo grassa profunda discordância jurídica a propósito do cabimento de indenização por lucros cessantes na ação de desapropriação. Para uma parcela da doutrina, na ação de desapropriação, por ser vedado discutir temas que não digam respeito a vício do processo judicial ou impugnação do preço (art. 20 da LGD), são incabíveis indenizações outras – entre as quais lucros cessantes – que não a da propriedade, devendo o expropriado pleiteá-las em **ação direta**.<sup>124</sup>

Porém essa corrente restou esbatida com o advento da figura dos **juros compensatórios**. Diferentemente dos juros moratórios, devidos em razão do atraso no pagamento da indenização<sup>125</sup>, os juros compensatórios, frutos de criação pretoriana, têm o fito de **compensar o proprietário pela perda antecipada da posse do bem**, sendo, pois, computados a partir da imissão provisória na posse.<sup>126</sup> Esse instituto foi originalmente concebido para colmatar o desfalque da contagem de juros entre a posse administrativa da propriedade e o trânsito em julgado da sentença fixadora do valor da indenização,

---

<sup>122</sup> “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, **o que razoavelmente deixou de lucrar**” – grifos nossos.

<sup>123</sup> “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os **lucros cessantes por efeito dela direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual” – grifos nossos.

<sup>124</sup> Cfr. os acórdãos (todos do STF) RE nº 35.977/SP (1ª Turma), in *RTJ* 5/238. Rel. Min. Luiz Gallotti; e AI nº 44.298/SC (1ª Turma), in *RTJ* 48/377. Rel. Min. Victor Nunes Leal.

<sup>125</sup> De acordo com a Súmula nº 70 do STJ, de 15 de dezembro de 1992, “[o]s juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se **desde o trânsito em julgado da sentença**” – grifos nossos.

<sup>126</sup> Não são devidos juros compensatórios e moratórios quando a indenização fixada na sentença é igual ao valor do depósito ofertado para a imissão provisória. Cfr. SALLES, J. C. de M. Op. cit., p. 530.

desfalque o qual violava a garantia fundamental da justa indenização.<sup>127</sup> Respalhada por uma série de precedentes judiciais<sup>128</sup>, essa figura jurídica ganhou contornos definitivos com a Súmula nº 164 do STF, de 13 de dezembro de 1963, *in verbis*: “No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.” E com a Súmula nº 618 do STF, de 17 de outubro de 1984, estipulou-se a taxa de juros compensatórios em **12% (doze por cento) a.a.**, tanto para a desapropriação direta quanto para a indireta.

Ocorre que, para outro segmento da doutrina, *maxime* a jurisprudência predominante no STJ, os **juros compensatórios abrangem os lucros cessantes**. Refira-se, a propósito, o entendimento, firmado no «REsp nº 1.005.734/RS»<sup>129</sup>, de que os lucros cessantes devem ser indenizados por meio dos juros compensatórios, que se destinam a compor aquilo que o expropriado deixou de auferir em razão da expropriação, não sendo cumuláveis entre si, **exceto quando incidem sobre bases patrimoniais diversas**, sob pena de *bis in idem*. Naquele acórdão, o tribunal negou provimento ao recurso do promotor da expropriação para a exclusão dos lucros cessantes, sob o fundamento que o reservatório de acumulação de água formado por uma barragem construída nas proximidades alagou as plantações contidas na propriedade desapropriada, impedindo a colheita das safras. Com a devida vênia, embora correta em reconhecer os lucros cessantes ao expropriado, achamos que a decisão embasou-se em fundamentos equivocados, porquanto não nos parece fossem distintas as bases patrimoniais. Com efeito, o critério do valor de mercado da propriedade não engloba simplesmente o **valor do terreno**, mas também o **valor das acessões** (v.g., construções e plantações) presentes na propriedade, de sorte que as plantações inundadas integram a mesma base patrimonial e, conseqüentemente, o valor venal do imóvel.

Malgrado o acerto no *decisum*, as premissas adotadas por essa corrente são, em termos gerais, parcialmente incorretas. Se, por um lado, a cumulação dos lucros cessantes com os juros compensatórios quando incidem sobre bases patrimoniais diversas é medida

---

<sup>127</sup> RE nº 89.211/PR (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 24 de novembro de 1978. Rel. Min. Djaci Falcão.

<sup>128</sup> Cfr., por todos, RE nº 29.293/MG (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 19 de janeiro de 1961. Rel. Min. Afrânio Costa; RMS nº 7.846/PE (Plenário), in *Diário da Justiça*, 27 de abril de 1961. Rel. Min. Ribeiro da Costa; AI nº 24.805/MG (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 28 de setembro de 1961. Rel. Min. Villas Bôas; e AI nº 26.947/MG (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 14 de novembro de 1963. Rel. Min. Hahnemann Guimarães.

<sup>129</sup> REsp nº 1.005.734/RS (1ª Turma), in *Diário da Justiça Eletrônico*, 05 de março de 2012. Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

de inteira justiça; por outro lado, não existe justificativa plausível para que os lucros cessantes e os juros compensatórios não sejam cumulados quando recaem sobre o mesmo campo reparatório.

Temos para nós, portanto, que a interpretação correta é a que entende **cabíveis os lucros cessantes independentemente dos juros compensatórios**, pois enquanto esses se prestam a remunerar a renda do capital que representa o bem – e não a renda do bem em si – de que o proprietário fica privado pela perda da posse da coisa sem o prévio pagamento da indenização, aqueles têm o condão de compensar o proprietário pelos lucros que efetivamente auferiria com a exploração do bem ainda detivesse sua posse. Logo, a ausência de prejuízo efetivo afasta os lucros cessantes, mas não os juros compensatórios, que são devidos tenha ou não o bem rentabilidade.<sup>130</sup>

A nosso ver, os lucros cessantes não podem ser equiparados aos juros compensatórios, sob pena de inconstitucionalidade por violação do princípio da justa indenização, por três motivos, a saber: *Primo*, porque quando não ocorrer imissão provisória na posse, ainda assim podem incidir lucros cessantes. Tal hipótese pode ser colhida do «RE nº 74.747/SP»<sup>131</sup>, recurso em que se apreciou o pedido de acréscimo da verba de lucros cessantes à indenização por expropriação de gado bovino destinado ao abate. Naquele caso, a justificativa apresentada pelos recorrentes foi a de que seu gado fora expropriado antes de completar o período normal de engorda, pelo que não pôde atingir o máximo do preço previsível. A decisão unânime da 1ª Turma foi de desprovimento do recurso dos proprietários, alegando, entre outras razões, tratar-se de caso singular em que a indenização do gado já compreendia valor superior ao real, o que acobertava, portanto, a reclamada margem de lucro pela futura engorda.

Mais importante que o desfecho do julgamento propriamente dito, é a possibilidade concreta, nele presente, de ocorrência de lucros cessantes sem que exista uma imissão provisória na posse.

*Secundo*, porque quando ocorrer imissão provisória na posse, mas os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração forem iguais a zero, são devidos juros

---

<sup>130</sup> REsp nº 445.843/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 de novembro de 2004. Rel. Min. Eliana Calmon.

<sup>131</sup> RE nº 74.747 (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 20 de novembro de 1972. Rel. Min. Luiz Gallotti.

compensatórios, mas não existem lucros cessantes a indenizar. Ora, sendo a exploração econômica do bem uma *conditio sine qua non* para se cogitar de lucros cessantes, a propriedade plenamente improdutiva e, por consequência, que não gera renda torna inviável essa pretensão.

*Tertio*, atribuir uma alíquota fixa à indenização dos lucros cessantes, prática ocorrida quando ela (a indenização) é substituída por juros compensatórios, em vez de proceder a sua determinação pericial, desconsidera os diferentes graus de rentabilidade possíveis da propriedade e pode levar a compensações aquém ou além do justo, colidindo com a Lei Maior.

Convém esclarecer que, conforme o art. 15-A, *caput*, da LGD, incluído pela MP nº 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, que repete essencialmente o art. 3º da MP nº 1.577, de 11 de junho de 1997, “[n]o caso de **imissão prévia na posse**, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios **de até seis por cento ao ano** sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos” – grifos nossos.

No entanto, a eficácia desse dispositivo encontra-se parcialmente suspensa pelo STF, que deferiu medida cautelar na «ADI nº 2.332-2/DF»<sup>132</sup>, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que ainda não foi julgada em definitivo. Invocando a Súmula nº 618 do STF, os requerentes pediram a suspensão da eficácia da expressão «de até seis por cento ao ano». Ademais, com base nas Súmulas nºs 113 e 114 do STJ, ambas de 25 de outubro de 1994, que definem o «valor da indenização» como a base de cálculo dos juros compensatórios, que devem ser corrigidos monetariamente, nas expropriações direta e indireta, respectivamente, o requerente insurgiu-se contra a nova base de cálculo estipulada pela medida provisória, qual seja «o valor da diferença eventualmente apurada entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença».

---

<sup>132</sup> MC na ADI nº 2.332-2/DF (Plenário), in *Diário da Justiça*, 02 de abril de 2004. Rel. Min. Moreira Alves.

Após extensos debates, o Plenário, por maioria de votos, suspendeu, com efeitos *ex nunc*, a eficácia da expressão «de até seis por cento ao ano», com espeque na Súmula nº 618 do STF.<sup>133</sup> Os votos vencidos, liderados pelo relator, foram no sentido da suspensão somente da preposição «até» da referida expressão. No que toca à base de cálculo, rejeitou-se o pedido dos requerentes, conferindo ao dispositivo interpretação conforme a Constituição para que a base seja a diferença entre o valor da indenização fixado na sentença e 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo, atendendo ao fato que o expropriado só pode levantar até esse percentual em caso de discordância quanto ao preço (art. 33, § 2º, da LGD).<sup>134-135</sup>

Ainda no âmbito do art. 15-A, o requerente arguiu a inconstitucionalidade da norma do § 1º, segundo a qual “[o]s juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a **perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário**”, e a do § 2º, segundo a qual “[n]ão serão devidos juros compensatórios quando o imóvel **possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero**” – grifos nossos. Consoante a doutrina exarada no «RE 123.192-1/PR»<sup>136</sup>, argumentou-se – e ao encontro da tese que sustentamos – que os juros compensatórios compensam o expropriado não pela perda de renda do bem, mas, na realidade, pela perda da posse de seu imóvel (na prática, a perda da propriedade) sem receber a prévia e justa indenização que a Carta Magna determina; e, além disso, que os juros compensatórios independem da exploração do bem.

Ambos os dispositivos foram suspensos pelo STF, que, por decisão majoritária, repetiu a linha de entendimento firmada unanimemente no acórdão que vimos de referir. Curiosamente, um dos dois votos vencidos deste ponto, pertence ao Ministro Marco Aurélio, relator do aresto sobre o qual se fundou o pedido dos autores da ação, que mudou de posição sem qualquer esclarecimento a respeito, fato que passou despercebido na sessão de julgamento. Em nossa opinião, o provimento da medida cautelar para suspender os §§

---

<sup>133</sup> Em 28 de outubro de 2009, embasado no princípio *tempus regit actum*, o STJ editou a Súmula nº 408, nos termos da qual “[n]as ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória nº 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula nº 618 do Supremo Tribunal Federal.”

<sup>134</sup> Com isso restou prejudicada a Súmula nº 113 do STJ na parte em que adota o «valor da indenização» como base de cálculo da desapropriação.

<sup>135</sup> Sem embargo, na «desapropriação» indireta, por não ocorrer depósito prévio em juízo para a imissão provisória na posse, a base de cálculo dos juros compensatórios deve tomar como referência o valor da indenização, consoante a inteligência da Súmula nº 114 do STJ.

<sup>136</sup> RE nº 123.192-1/PR (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 17 de junho de 1994. Rel. Min. Marco Aurélio.

1º e 2º do art. 15-A representa um duro golpe na corrente de que os juros compensatórios visam a indenizar os lucros cessantes, pese embora a jurisprudência dominante do STJ persista em assim os conceber.

Já com relação ao § 3º, segundo o qual “[o] disposto no *caput* [...] aplica-se também às ações ordinárias de indenização por **apossamento administrativo ou desapropriação indireta**, bem assim às ações que visem a indenização por **restrições decorrentes de atos do Poder Público**, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença” – grifos nossos –, o tribunal entendeu que sua única relevância é a remissão à alíquota indicada no *caput* e, já havendo essa sido enfrentada, rejeitou-se o pedido de suspensão de sua eficácia.

Por fim, no tocante ao § 4º, segundo o qual “[n]as ações referidas no § 3º, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação”, o requerente aduziu que, ao excluir da indenização os juros compensatórios relativos ao período precedente à aquisição da propriedade ou da posse pelo autor da ação (indenizatória), esse, por não contar com os juros compensatórios pretéritos, pagará ao antigo proprietário menos do que lhe seria pago pelo Poder Público, agredindo o princípio da justa indenização.

Com inteira correção, o Plenário deferiu, por maioria de votos, a medida cautelar para suspender o preceito. Como bem ressaltou o relator em seu voto vencedor, os juros compensatórios seriam direito inquestionável do expropriado caso não alienasse seu imóvel, de modo que não se justifica a restrição imposta pelo dispositivo guerreado. Aliás, não fosse assim, a nosso ver, o expropriado encontrar-se-ia dissuadido – se não tolhido – de dispor livremente de sua propriedade, pois a alienação do bem, em tal circunstância, causar-lhe-ia um empobrecimento inexorável.

Ademais, o que ficou olvidado pelo aresto, se essa restrição não é imposta às expropriações por utilidade pública, que são atos lícitos por excelência, muito menos justificável ela (a restrição) haveria de ser nas ações de indenização por **apossamento administrativo ou «desapropriação» indireta**, onde a consideração do interesse público da expropriação, como sabemos, é mitigada.

O voto vencido do Ministro Ilmar Galvão indeferiu a suspensão do § 4º do art. 15-A sob o fundamento de que esses imóveis geralmente são adquiridos por especuladores, que os compram com o intuito de lucrar com a expropriação. Acreditamos que essa é matéria fática cuja prova compete ao promotor da expropriação, já que a presunção de boa fé das pessoas, e nunca o contrário, é uma premissa civilizatória universal. Todavia, comprovada a intenção especulatória do novo proprietário, há de se afastar os juros compensatórios sobre o período pretérito, pois, assim como se dá com as benfeitorias, o princípio da justa indenização desconsidera quaisquer atos realizados com o exclusivo propósito de obter vantagens financeiras com a expropriação.

Por fim, podemos definir com o Supremo Tribunal de Justiça os **danos futuros** como “aquele prejuízo que o sujeito do direito ofendido ainda não sofreu no momento temporal que é considerado.”<sup>137</sup> Não existe, na espécie, uma paridade temporal entre causa e efeito; existe o ofendido, mas a lesão só é produzida posteriormente. Sempre com o tribunal português, os danos futuros dividem-se em previsíveis e imprevisíveis, sendo os **danos futuros previsíveis** aqueles cuja ocorrência pode ser antevista por meio de juízos de prognose; já os danos futuros imprevisíveis são aqueles não antecipáveis segundo a diligência do homem médio.

Em nosso entendimento, os danos futuros previsíveis não são indenizáveis dentro da ação de desapropriação, porque não se caracterizam como danos subsequentes ou derivados direta ou imediatamente da ablação da propriedade, devendo ser pleiteados em ação direta. Todavia, em se tratando de atos ilícitos do Poder Público (sejam eles atos substancialmente expropriatórios com intencionalidade ablativa ou «expropriações indiretas»), fica a indenização submetida ao regime da justa indenização consubstanciado na LGD, pois não pode o Estado agindo fora da lei ser tratado indiferentemente de quando age dentro dela, revestindo essa distinção natureza sancionatória.

Chegando até aqui, alguém poderia indagar se os **danos à saúde** eventualmente advindos das expropriações por utilidade pública têm natureza de danos emergentes ou de danos futuros previsíveis. Enfrentar essa pertinente questão releva para a dedução de seu correto regime indenizatório. De acordo com Fullilove, em estudo dedicado às consequências à saúde nas expropriações acessórias dos planos de renovação urbanística

---

<sup>137</sup> Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, *Processo nº 084734*, de 11 de outubro de 1994.

em comunidades afroamericanas em meados do século XX nos Estados Unidos, os danos sofridos pelos expropriados podem ser diretos ou indiretos. Os **danos à saúde diretos** são causados pela grande dose de estresse, têm implicações especiais entre idosos, podem agravar doenças preexistentes e podem até levar a distúrbios mentais pós-traumáticos. Já os **danos à saúde indiretos** são causados pela piora da qualidade de vida dos indivíduos removidos de suas residências e forçados a habitar em localidades expostas a índices de doença mais elevados.<sup>138</sup>

Tanto um quanto o outro são danos extrapatrimoniais, porém, em nossa opinião, enquanto os danos à saúde diretos são danos subsequentes ou derivados, os danos à saúde indiretos, conforme o caso concreto, terão natureza de danos subsequentes ou derivados ou natureza de danos futuros previsíveis.

Finalmente, resta esclarecer que a **dimensão externa do princípio da igualdade** só admite a indenização dos danos à saúde dentro do regime da justa indenização quando forem uma consequência, além de direta e imediata, **individualmente suportada** pelo particular. Assim, por exemplo, uma indenização de servidão aeronáutica não poderá contemplar os prejuízos provocados pela poluição sonora à saúde do proprietário do prédio com ela onerado, pois isso o colocaria em condição mais benéfica do que o restante da comunidade, que também é afetada pelo nível dos ruídos. Em tal hipótese, a compensação dos danos extrapatrimoniais causados há de ser buscada via ação direta, considerando-se parte interessada não apenas o proprietário, mas, também, quaisquer outros indivíduos que sejam comprovadamente afetados.

---

<sup>138</sup> FULLILOVE, M. T. Root Shock: The Consequences of African American Dispossession, in *Journal of Urban Health: Bulletin of the New York Academy of Medicine*, vol. 78, n° 1, 2001, p. 74.



## 5. CONTROLE JUDICIAL DAS EXPROPRIAÇÕES

No Brasil, ao contrário de alguns países europeus como França e Portugal, desde a primeira Constituição republicana (1891), o modelo jurisdicional que vigora é o da **jurisdição una**, também conhecido como **sistema inglês**. A esse propósito, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988 consagra que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, é com amparo nesse dispositivo constitucional, que a doutrina convencionou chamar de «**princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**», que se afirma que todos os litígios, independentemente das partes envolvidas, serão resolvidos perante o Poder Judiciário. Logo, a dirimência de quaisquer causas envolvendo diretamente atos da Administração é atribuição do Poder Judiciário, não havendo de se falar em contencioso administrativo no Brasil.<sup>139</sup>

No modelo de jurisdição una, somente as decisões oriundas dos órgãos do Poder Judiciário fazem coisa julgada. Assim, as decisões dos processos em instâncias administrativas apenas operam efeitos preclusivos no âmbito da própria Administração, sujeitando-se ao reexame, pelo Judiciário, quanto a sua juridicidade. Apenas três exceções de **jurisdição anômala** são previstas na Carta Magna, quais sejam: (I) a competência do Senado Federal para processar e julgar o Presidente<sup>140</sup> e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, inciso I); (II) a competência do Senado Federal para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, inciso II); e (III) a competência do Tribunal de Contas da União para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as

---

<sup>139</sup> MIRANDA, D. A. T. de. Contencioso administrativo x jurisdição una, in *Revista dos Estudantes de Direito da UnB, Brasília, n° 6, 2011, pp. 63-65*. Disponível em: <http://www.red.unb.br/index.php/redunb/article/view/2911/2515>. Acesso em: 30 mai. 2013.

<sup>140</sup> O art. 86, caput, da CRFB dispõe que a acusação contra o Presidente da República requer a admissão de dois terços da Câmara dos Deputados.

contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, inciso II).<sup>141</sup>

Anteriormente afirmamos que a DUP, quer na desapropriação administrativa quer na desapropriação legislativa, tem natureza de ato administrativo. Assim, cumpre-nos esclarecer que por **ato administrativo**, na dimensão deste trabalho, devemos entender a “declaração **unilateral** do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” – grifos do original.<sup>142</sup> Como se vê, o ato administrativo é um ato cuja **legitimidade** está essencialmente sujeita a controle de órgão jurisdicional.

Antes de prosseguirmos, é oportuno esclarecer que a noção de administração opõe-se ao conceito de propriedade, noutras palavras, só se administra aquilo de que não se dispõe. Por essa razão afirma-se que o proprietário age movido por interesse próprio, com base na autonomia da vontade privada; enquanto que o administrador atua em defesa do **interesse alheio** (no caso, o interesse público), com base na **finalidade** estabelecida pela lei.<sup>143</sup> Daí se conclui que à Administração jamais é permitido desempenhar atividade em contrariedade ou à margem da lei, senão em virtude e na medida dela. As finalidades endereçadas pelo Legislativo ao Executivo têm caráter obrigatório e engendram deveres que, para serem cumpridos, requerem a atribuição de poderes. Esses poderes-deveres constituem o que se chama de **função**, isto é, “um poder à conta de dever, para satisfazer o interesse de outrem”.<sup>144</sup>

Assim, a função administrativa é a competência de agir (ou não agir) diante de um campo fático delimitado pela norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo. O comportamento a ser praticado pela Administração só lhe pode ser imputado como um dever jurídico à medida que existam condições de fato prescritas na norma legal. Situações existem em que o legislador estipula de forma absoluta e precisa o arcabouço fático e, bem

---

<sup>141</sup> TEIXEIRA, J. E. M. Controle judicial das decisões do CADE, in *Revista do IBRAC*, vol. 12, nº 6, 2005, pp. 175-176.

<sup>142</sup> MELLO, C. A. B. de. Op. cit., p. 382.

<sup>143</sup> MELLO, C. A. B. de. *Discrecioniedade e controle jurisdicional*, 2ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52.

<sup>144</sup> Idem, pp. 12-13; 51; 53.

assim, o único comportamento cabível perante ele, não deixando margem alguma de liberdade para os órgãos executivos. Sem embargo, porque a atividade legislativa é feita por homens, ela esbarra nas limitações materiais e lógicas da razão humana, pelo que, na maior parte dos casos, é impossível que a norma anteveja todas as circunstâncias concretas possíveis e qual o comportamento a ser adotado em cada uma delas. Nessas hipóteses, resta ao legislador lançar mão de conceitos jurídicos indeterminados, remetendo ao agente a tarefa de interpretar e densificar casuisticamente os preceitos normativos propostos abstrata e genericamente.<sup>145</sup>

Logo, quando a lei predetermina a conduta única e integralmente regulada a ser seguida obrigatoriamente pelo agente público diante de situações de fato (motivo) objetivamente qualificadas podemos dizer que existe uma **competência vinculada**. Por outro lado, mais comumente, quando a lei conceitua a **hipótese da norma** de forma vaga, imprecisa ou indeterminada, ou, ainda, quando a descreve objetivamente, mas defere uma margem de subjetividade no **comando da norma** ao administrador, dizemos que estamos diante de uma **competência discricionária**. Essa liberdade no comando da norma pode-se dar quanto: (I) a praticar ou não o ato; (II) ao momento adequado de praticá-lo; (III) a sua forma; e/ou (IV) à providência, entre duas ou mais alternativas, apta a atingir a finalidade legal.<sup>146</sup>

A propósito do controle judicial dos atos administrativos onde sejam empregados **conceitos jurídicos indeterminados**, duas leituras distintas são feitas pela doutrina. A primeira delas assevera que diante de tais conceitos, a Administração não possui margem de liberdade, devendo interpretar a lei no caso concreto de forma que possa encontrar a solução única e sendo ampla a revisão realizável pelo Poder Judiciário. A outra leitura elaborada é a de que os conceitos indeterminados podem ou não gerar discricionariedade para a Administração, sendo, portanto, mais limitada a atuação judicial nessas situações.

Assim, a primeira corrente advoga que os conceitos jurídicos indeterminados existem apenas em tese, pois que, ao lume do caso concreto, é inadmissível mais de uma *«unidad de solución justa»*, já que seria paradoxal imaginar algo simultaneamente de boa e de má fé, uma indenização ao mesmo tempo justa e injusta; uma conduta

---

<sup>145</sup> QUEIRÓ, A. R. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo, in *Revista de Direito Administrativo*, n<sup>o</sup> 6, Rio de Janeiro: FGV, 1946, pp. 55-56.

<sup>146</sup> MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2003, pp. 16-17.

concomitantemente proba e improba etc. Portanto, não se confundem conceitos indeterminados e discricionariedade, pois, quanto aos primeiros, inexistem uma margem de liberdade para a Administração, devendo essa interpretar a lei para alcançar a solução justa (atividades intelectivas); e, quanto à última, existe uma pluralidade de alternativas igualmente justas (atividade volitiva).<sup>147</sup>

Sem embargo, seus defensores concedem ser possível reconhecer nos conceitos indeterminados, como o fazem os alemães, zonas de certeza (positiva e negativa) e uma zona intermédia de incerteza. É dizer, se todo o conceito é supedaneado em palavras, existe uma inteligibilidade léxica imanente donde cabe inferir um núcleo conceitual mínimo ou fixo do que eles significam (**zona de certeza positiva**) e, bem assim, daquilo que não comportam (**zona de certeza negativa**). Logo, naquela parte situada entre o que indubitavelmente está compreendido pelo conceito e o que inequivocamente por ele se exclui é que jaz a indeterminação (**zona intermédia de incerteza**), que, nada obstante, admite o controle judicial, ainda que limitado.<sup>148</sup>

Nesse diapasão, os conceitos jurídicos indeterminados poderiam ser categorizados em três grandes grupos: conceitos **de experiência**, conceitos **técnicos** e conceitos **de valor**. Os primeiros não geram discricionariedade, pois podem ser objetivamente determinados por critérios empíricos, extraídos da experiência comum; os segundos não gozam de discricionariedade, pois a solução única pode ser apontada por órgão técnico cientificamente embasado; já os últimos ensejam uma margem limitada de apreciação para a Administração.<sup>149</sup>

Contrariamente, perfilhando a corrente que entende que os conceitos indeterminados podem ou não gerar discricionariedade para a Administração, Bandeira de Mello retorque essa tese, lembrando que, se é verdade que, em muitas situações, de fato, não resta espaço para que o administrador defina livremente o sentido e o alcance dos

---

<sup>147</sup> ENTERRÍA, E. G. de; FERNANDÉZ, T.-R. Op. cit., pp. 459-461.

<sup>148</sup> Idem, pp. 462-463.

<sup>149</sup> DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa, in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 9, 2007, p. 12. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2013.

termos fluidos, nem sempre será factível objetivá-los.<sup>150</sup> Em tal cenário, a interferência do órgão judicante limitar-se-á aos controles de erro manifesto.

Concordamos com essa última visão e acrescentar-lhe-íamos que não é difícil perceber, em muitas hipóteses, a (quase) impossibilidade de enquadrar os conceitos indeterminados como de experiência, técnicos ou de valor. A nós nos parece que essas fórmulas revestem-se de certo artificialismo e dão abertura a um controle judicial arbitrário dos atos administrativos e sem parâmetros.

Isso posto, podemos buscar um exemplo de competência vinculada nas licenças de operações urbanísticas, que nada mais são do que “ato[s] administrativo[s] autorizativo[s], por meio do[s] qua[is] a Administração realiza um **controle prévio** da atividade dos administrados, traduzida, em geral, na realização de transformações urbanísticas do solo, com vista a verificar se ela se ajusta, ou não, às exigências do interesse público urbanístico, tal como se encontra plasmado no ordenamento jurídico vigente” – grifos do original.<sup>151</sup>

Segundo o artigo 24, inciso I, da CRFB, compete à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios legislar concorrentemente sobre direito urbanístico, sendo que a competência da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais (artigo 24, § 1º); a dos estados é a de suplementá-las no que couber (artigo 24, § 2º); enquanto que aos municípios, além de suplementar as legislações federal e estadual no que couber (artigo 30, § 2º), compete legislar sobre assuntos de interesse local.

Sendo assim, é na legislação municipal que encontraremos as condições para a prática do ato administrativo autorizativo, *rectius*, para o licenciamento de operações urbanísticas. Por um lado, quando nos debruçamos, por exemplo, sobre a margem de apreciação de que goza a Administração nas análises de impacto viário e nas de impacto ambiental para emitir ou não as licenças urbanísticas, estamos perante competência discricionária. Por outro lado, o proprietário interessado em realizar uma operação urbanística, digamos, a canalização de um curso d'água, uma vez recebendo parecer positivo dos órgãos técnicos da Administração no qual conste ter sido satisfeito todo o leque de condicionantes legais, tem o direito subjetivo à licença. Dentro dessa perspectiva,

---

<sup>150</sup> Op. cit., 2003, p. 22.

<sup>151</sup> CORREIA, F. A. *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 47.

não caberá, então, à Administração recusar-se a emití-la, porque aqui a sua competência é vinculada.

Diversamente, como caso de competência discricionária, cite-se o ato administrativo declaratório de utilidade pública. Trata-se de um bom exemplo para demonstrarmos pedagogicamente os diferentes juízos subjetivos do administrador a que fizemos alusão acima. Afirmamos que a discricionariedade pode resultar tanto da imprecisão conceitual da hipótese normativa, ou seja, da subjetividade quanto a seu contexto fático, quanto do comando da norma, nos casos em que aquela é estabelecida em termos objetivos.

Assim, poderá existir margem de liberdade quanto à deflagração da hipótese da norma nos casos de utilidade pública previstos nas alíneas a) a d), além das alíneas k), l) e o), do artigo 5º da LGD, a saber: segurança nacional (alínea a); defesa do Estado (alínea b); socorro público em caso de calamidade (alínea c); salubridade pública (alínea d); monumentos históricos e artísticos e, ainda, paisagens e locais particularmente dotados pela natureza (alínea k); bens móveis de valor histórico ou artístico (alínea l); e obra ou invento de natureza científica, artística ou literária (alínea o). Aqui será essencial reconstruir o raciocínio das zonas de certeza e incerteza.

Entretanto, nas demais hipóteses do permissivo legal, pensamos que o motivo do ato está objetivamente traçado e precisamente conceituado (v.g., aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, criação de estádios, construção de cemitérios etc), de modo que, nesses casos, a margem discricionária do administrador cinge-se quer à decisão de expropriar quer ao momento de expropriar. A isso chamamos de **mérito administrativo**, que, nas palavras de Bandeira de Mello, significa “o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de **conveniência e oportunidade**, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.”<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> Op. cit., 2003, p. 38.

Seja como for, é oportuno ressaltar que nem as competências vinculadas nem as discricionárias devem ser interpretadas em termos absolutos, dizendo de outro modo, mesmo quando forem vinculadas, são geralmente identificáveis alguns elementos de discricionariedade na competência (v.g., o momento da prática do ato); e ainda que discricionárias, existem aspectos vinculados na competência (v.g., o sujeito legitimado para exercê-la e a sua finalidade). Por isso se aduz que a atividade administrativa é um entrecruzamento permanente entre vinculação e discricionariedade.<sup>153</sup>

Diante de tal quadro, quais são os limites da atuação do Poder Judiciário no domínio das expropriações? De acordo com o art. 9º da LGD, “[a]o Poder Judiciário é vedado, **no processo de desapropriação**, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública” – grifos nossos. No entanto, isso não importa em dizer que os tribunais brasileiros têm as suas portas cerradas à revisão da DUP, pois, consoante estatui o art. 20 do mesmo diploma, “[a] contestação só poderá versar sobre **vício do processo judicial ou impugnação do preço**; qualquer outra questão deverá ser decidida por **ação direta**” – grifos nossos. A expressão «vício do processo judicial» abarca não apenas as irregularidades específicas da petição inicial da ação de desapropriação (art. 13 da LGD), mas quaisquer das causas de extinção do processo sem resolução do mérito, elencadas no art. 267 do CPC. É dizer, a via judicial sempre estará franqueada ao expropriado para reivindicar proteção frente aos atos administrativos os quais sejam incompatíveis com o direito. Não resta ao beneficiário da indenização somente arguir vícios do processo judicial ou discutir o *quantum* indenizatório; antes, o que a lei determina é que, quando as matérias suscitadas forem outras, o meio processual idôneo é a ação direta, em processo autônomo. Diversamente, estar-se-ia perante profunda violação do princípio da justiça e do princípio do Estado democrático de direito.

A esse respeito, no julgamento do «MS nº 19.961/DF»<sup>154</sup>, decidido unanimemente pela 2ª Turma do STF, o ministro relator jogou uma pá de cal na matéria ao afastar a pertinência da tese segundo a qual a finalidade da *causa expropriandi* é insindicável judicialmente e que aos juízes caberia somente a fixação do valor da justa indenização.

---

<sup>153</sup> OLIVEIRA, F. P.; DIAS, J. E. F. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 122.

<sup>154</sup> MS nº 19.961/DF (Plenário), in *Diário da Justiça*, de 08 de agosto de 1974. Rel. Min. Xavier de Albuquerque.

Para ele, isso só condiz com a realidade em termos parciais, mais precisamente no que respeita ao controle dentro da própria ação de desapropriação, pois, uma vez acionado em processo autônomo, por ação direta, o Judiciário tem a incumbência de realizar o controle de legalidade da desapropriação. O que o princípio da separação dos Poderes torna defeso aos órgãos judicantes é somente a invasão do mérito administrativo, *rectius*, a substituição de seu juízo de conveniência e oportunidade ao da Administração, não a verificação se a expropriação é compatível com a vontade da lei.

*De lege lata*, estamos consortes com o STF, todavia somos da opinião que o legislador foi infeliz ao prever a obrigatoriedade de recurso à via processual autônoma para a discussão das questões que extravasem os vícios do processo judicial de desapropriação ou a impugnação do preço da justa indenização. *Mutatis mutandis*, essa separação até teria alguma pertinência se o direito brasileiro possuísse um contencioso administrativo, mas não é o caso. Apresenta-se como justificativa da opção legislativa o ganho em celeridade no processo de desapropriação, porém pensamos que, em nome do princípio da economia processual, teria sido mais eficiente se o legislador tivesse facultado ao expropriado alegar na contestação quaisquer questões como matéria de defesa. Não entendemos de que maneira essa clivagem específica para a ação de desapropriação pode torná-la mais dinâmica, já que, em existindo meio processual autônomo válido, qual seja a ação direta, o expropriado não deixará de se lhe socorrer, com pedido de medida liminar com efeito suspensivo se preciso for, o que obstará a tramitação regular da ação de desapropriação.<sup>155</sup>

No entanto, na eventualidade de o pedido de medida liminar com efeito suspensivo feito na ação direta ser denegado, pode vir a ser deflagrada uma **crise de eficácia prática do controle judicial da DUP**. Isso é plausível se levarmos em consideração que o art. 35 da LGD determina que “[o]s bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação” e que “[q]ualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e

---

<sup>155</sup> Essa possibilidade encontra abrigo no art. 7º, inciso III, da LF nº 12.016, de 07 de agosto de 2009 (Lei do Mandado de Segurança), senão vejamos:

“Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se **suspenda o ato que deu motivo ao pedido**, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica” – grifos nossos.



danos.” Como se nota, esse dispositivo deixa o direito de propriedade do expropriado perigosa e inteiramente à mercê da decisão interlocutória do órgão julgante da ação direta. Numa situação dessa natureza, se se indeferir o pedido para suspender o ato impugnado (a DUP), só resta ao expropriado «torcer» para que a sentença definitiva da ação direta seja prolatada antes da incorporação de seu bem à Fazenda Pública, do contrário não lhe restam mecanismos para reavê-lo.<sup>156</sup>

Por esse motivo, vislumbramos inconstitucionalidade na norma do art. 35 da LGD, pois ela inviabiliza a reivindicação do bem expropriado em caso de nulidade do processo de desapropriação, ainda que ele não tenha sofrido uma modificação sequer, atacando, assim, injustificada e excessivamente o direito fundamental de propriedade. Para nós, o permissivo legal só é constitucionalmente admissível se interpretado restritivamente, cingindo-se às situações nas quais o bem já houver sofrido alterações substanciais ou definitivas de utilidade pública, casos em que, sopesando o interesse individual com o interesse da coletividade e prevalecendo esse último, a questão é resolvida em perdas e danos.<sup>157</sup> Voltaremos a este ponto quando tratarmos do direito de retrocessão.

Sendo assim, chamaremos de «**controle judicial constrito ou não substancial**» aquele realizado dentro da própria ação de desapropriação, que não analisa a substância da DUP, mas que versa ou sobre os vícios do processo judicial ou sobre o valor da indenização; e de «**controle judicial autônomo ou substancial**» aquele que é realizado por ação direta para a discussão de todas as demais questões atinentes à substância da declaração expropriatória. Mais importante do que as nomenclaturas empregadas, que poderiam ser outras, é a compreensão da ordem de ideias que repousa nessa clivagem.

---

<sup>156</sup> Partindo desse receio de crise de eficácia prática do controle judicial da DUP, Rita Tourinho defende o cabimento da discussão sobre o desvio de finalidade da expropriação dentro do processo de desapropriação. De um lado, segundo a jurista, o art. 9º da LGD deve ser interpretado como uma regra proibitiva da invasão da conveniência e da oportunidade administrativas pelo Poder Judiciário, não do controle da competência discricionária da Administração.

Do outro lado, o art. 20, ao impor que a apreciação do juiz restrinja-se aos aspectos extrínsecos do processo judicial, isto é, aos vícios processuais e ao valor da indenização, não encerra um controle meramente formal da desapropriação. Antes, sendo a DUP um requisito de validade da petição inicial, faz parte do papel do órgão julgante a verificação da compatibilidade material ou substancial do ato administrativo com a finalidade que ele carrega.

Cfr. TOURINHO, Rita. O desvio de finalidade na ação expropriatória: interpretação sistemática do Decreto-Lei nº 3.365/1941, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado* nº 8, 2006, pp. 8-12. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-8-OUTUBRO-2006-RITA%20TOURINHO.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>157</sup> Para uma análise crítica e propositiva de direito comparado do problema da eficácia prática do controle judicial da DUP, cfr., por todos, CORREIA, F. A. Op. cit., 1982, pp. 192-205.

## 5.1. Controle judicial constricto ou não substancial

### 5.1.1. Da legitimidade para expropriar

Grosso modo, podemos dizer que o controle judicial constricto ou não substancial da DUP relaciona-se mais estreitamente com as questões prévias do que propriamente com o mérito do processo de desapropriação. Não custa informar que o CPC tem aplicação subsidiária ao processo expropriatório, é dizer, quando a Lei Geral das Desapropriações for omissa, as relações são regidas pelas normas gerais do processo civil, conforme dispõe o art. 42 da LGD.

Dessa maneira, a legitimidade para expropriar traduz uma condição da ação específica do processo ordinário de desapropriação, qual seja a *legitimitatio ad causam* da parte expropriante, vez que o direito de expropriar é uma prerrogativa a qual compete privativamente a determinados sujeitos definidos em lei. Já esclarecemos acima que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios são os expropriantes universais (art. 2º, *caput*, da LGD), mas “[o]s 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” (art. 3º da LGD).

Ainda assim, vimos que o **princípio da preponderância do interesse** (art. 2º, § 2º, da LGD) limita a legitimidade dos entes territoriais no processo de desapropriação (*rectius*, mutação dominial), de sorte que aos municípios é defeso realizar a transferência de domínio de bens de domínio público para si; e aos estados é vedada a transferência de bens públicos de outros estados ou da União para si.

Além disso, existem outras barreiras que excepcionam essa legitimidade expropriatória. Por exemplo, temos a competência exclusiva dos municípios (e do Distrito Federal) em matéria de desapropriação urbanística ordinária para a execução de planos de urbanização (art. 5º, alínea i), da LGD); de desapropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais (art. 5º, § 1º, da LGD); de desapropriação urbanística sancionatória (art. 182, § 4º, inciso III, da CRFB); bem como a competência exclusiva da União em matéria de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária (art. 184, *caput*, da CRFB).

Portanto, em todos os casos ora apresentados, sem prejuízo de outros eventuais, pode o expropriado alegar a carência da ação de desapropriação por **ausência de legitimidade ativa** (art. 301, inciso X, do CPC) como matéria de defesa diretamente na contestação.

### 5.1.2. Do conteúdo da declaração de utilidade pública

O controle do conteúdo da DUP, que não se confunde com o controle da substância da expropriação (esse há de ser feito por ação direta), tem como propósito analisar se o ato expropriatório indica a finalidade da desapropriação de forma concreta, assim como se individualiza precisamente os bens objeto da expropriação. Essas são condições indispensáveis para que os tribunais coíbam eventuais desvios de poder ou finalidade por parte dos Poderes Públicos; ao passo que também traduzem uma garantia de segurança jurídica para o expropriado, no sentido que ele não será desapropriado abusiva e injustificadamente de uma hora para a outra.

A inobservância desses requisitos inquina a validade da DUP e, portanto, inabilita a produção de efeitos jurídicos. Uma consequência direta da ineficácia da DUP por não individualização dos prédios é que fica prejudicada a autorização – prevista no art. 7º, *caput*, da LGD – às autoridades administrativas para neles penetrar, com recurso à força policial em caso de oposição. Nessa hipótese, é legítimo até mesmo o desforço necessário do possuidor contra a turbação de sua posse, desde que imediato e na estrita medida do necessário para assegurar manutenção dela.<sup>158</sup> Ademais, a ilegalidade gera para a Administração o dever de indenizar por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal – art. 7º, parágrafo único, da LGD.

Isso posto, a ação de desapropriação com base em DUP a qual deixa de indicar concretamente a finalidade da expropriação ou de referir com precisão quais são os bens a serem desapropriados **carece de interesse de agir**, sendo tal vício processual arguível como matéria de defesa em sede de contestação, nos termos do art. 301, inciso X, do CPC.

---

<sup>158</sup> É o que dispõe o CPC, *in verbis*:

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

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

### 5.1.3. Do objeto da declaração de utilidade pública

Hodiernamente, o conceito de propriedade privada é bastante mais alargado do que o da propriedade do direito civil. Como vimos, no passado, o objeto da desapropriação era essencialmente a propriedade imóvel e/ou os direitos a ela inerentes, mas, com o aprofundamento das relações capitalistas, o direito creditício ganhou terreno, assumindo o protagonismo frente aos direitos reais. Essa mudança de paradigma ocasionou a revisão da garantia fundamental de propriedade para permitir a proteção de quaisquer direitos dotados de significância patrimonial. É nesse contexto que a expressão «todos os bens» presente no art. 2º da LGD deve ser interpretada, incluindo os bens móveis ou imóveis ou os corpóreos ou incorpóreos.

Entretanto não se trata de uma disposição absoluta. Existirão situações onde o bem individualizado na DUP é inválido para figurar como objeto da desapropriação, seja por **impossibilidade material** seja por **impossibilidade jurídica**. Quanto às primeiras, encontramos os bens jurídicos inviáveis por sua natureza intrínseca. Cite-se ilustrativamente os direitos da personalidade (v.g., a honra e a liberdade), porque são bens extrapatrimoniais e, pois, não sujeitos à valoração; as pessoas físicas ou jurídicas, porque são sujeitos, e não objetos de direito; e a moeda corrente, porque é o instrumento por meio do qual se paga a indenização. Quanto às últimas, temos aqueles direitos extrinsecamente insuscetíveis de desapropriação, ou seja, os bens que *a priori* seriam expropriáveis, contudo, devido a uma imposição do ordenamento jurídico, acabam impossibilitados de serem desapropriados. É o que decorre do art. 185 da CRFB, que veda a expropriação por interesse social para fins de reforma agrária da pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra (inciso I), e da propriedade produtiva (inciso II). Talqualmente, são juridicamente impossíveis de desapropriar aqueles bens interditos pelo já referido princípio da preponderância do interesse – embora aqui, repita-se à exaustão, tecnicamente não há de se falar em expropriação, mas em «mutação dominial ou transferência de domínio».<sup>159</sup>

Assim sendo, diante da invalidade do objeto individualizado na DUP, quer por impossibilidade material quer por impossibilidade jurídica, cabe ao expropriado alegar na contestação, como questão preliminar de mérito, a inépcia da petição inicial por

---

<sup>159</sup> CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., pp. 720-721.

**impossibilidade jurídica do pedido**, nos termos do art. 295, parágrafo único, inciso III, c/c o art. 301, inciso III, ambos do CPC.<sup>160</sup>

#### **5.1.4. Da caducidade da declaração de utilidade pública**

A caducidade da DUP, corolário do direito fundamental de propriedade privada dos particulares nas expropriações<sup>161</sup>, tem como escopo mitigar o sentimento de incerteza jurídica dos proprietários dos bens indicados no ato declaratório diante da eventual inércia ou desinteresse do promotor da expropriação, ou, ainda, da desnecessidade superveniente de expropriação. Amparada pelo art. 10, *caput*, da LGD, essa garantia legal impõe o **período suspeito** de cinco anos entre a declaração expropriatória e o início da fase executiva da desapropriação, lapso temporal depois do qual se extingue o direito potestativo de expropriar o bem, em que pese a possibilidade de nova declaração transcorrido o período de um ano.

Nesse diapasão, se a decadência não for reconhecida *ex officio* pelo juiz (art. 210 do CC), o expropriado deve arguir na peça de defesa a caducidade da DUP com vistas ao indeferimento da petição inicial com a resolução de mérito por **decadência**, nos termos do art. 269, inciso IV, c/c o art. 295, inciso IV, ambos do CPC.

Contudo insta salientar que esse **prazo quinquenal** de caducidade é um fardo sobremaneira pesado para os expropriados suportarem, pelo que sugerimos a sua equiparação ao **prazo bienal** da declaração de interesse social previsto no art. 3º da LF nº 4.132/1962. Para demonstrarmos em termos práticos a nossa posição, imaginemos dois cenários hipotéticos:

Cenário nº 1: Um cidadão qualquer recebe uma promoção no emprego para trabalhar no exterior e, entre a aceitação da proposta e a transferência efetiva, o seu único imóvel é declarado de utilidade pública. Para agravar esse quadro, pensemos na possibilidade de o promotor da expropriação, por qualquer motivo que não vem ao caso, não praticar os atos concretos para efetivar a expropriação após a DUP. Essa propriedade a qual seria alienada com vistas à capitalização para a mudança de domicílio, muito embora não esteja impedida legalmente de ser vendida, terá seu apelo negocial inegavelmente

---

<sup>160</sup> Por não ser o objeto da presente dissertação, não adentraremos a controvérsia se a «possibilidade jurídica do pedido» é ou não uma condição da ação. Limitamo-nos a adotar a sistemática do CPC.

<sup>161</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2010a, p. 205.

prejudicado. Diante desse quadro, somado à natureza inerentemente complexa dos negócios jurídicos de compra e venda de imóveis, que demandam tempo e sincronismo entre os contratantes, um prazo de caducidade de cinco anos pode representar um ônus pesadíssimo de suportar pelos particulares e, o que é pior, sem qualquer possibilidade de indenização.<sup>162</sup>

Cenário nº 2: Um dado indivíduo adquire uma casa de veraneio na qual pretende, entre outras benfeitorias voluptuárias, construir uma piscina e uma churrasqueira para desfrutar de momentos de lazer com a família. Entrementes seu imóvel é alvo de uma DUP e a principal razão de ter comprado o imóvel cai por terra, pois, como veremos em seguida, apenas as benfeitorias necessárias e as úteis – as últimas desde que autorizadas pelo expropriante – serão contempladas na indenização. Assim como não faz sentido o proprietário investir um capital na melhoria de seu bem que sabe não será indenizado, tampouco se justifica ele fique entregue à boa vontade do promotor da expropriação em adquirir a sua propriedade, agora sem serventia.

Sem sombra de dúvida que um prazo de dois anos para a caducidade da DUP mitigaria – mas não resolveria – ambos os cenários retratados acima. Uma alternativa à redução do período suspeito é o chamado **direito de abandono** (*droit de délaissement*), previsto no artigo L11-7 do *Code de l'Expropriation*.<sup>163</sup> Segundo esse dispositivo do direito francês, transcorrido um ano da publicação da DUP, o proprietário pode notificar o promotor da expropriação para que adquira o seu imóvel dentro de dois anos, contados a partir da notificação. Esse prazo pode ser prorrogado uma vez pelo período de um ano, findo o qual, na ausência de acordo entre as partes, o expropriado tem a prerrogativa de

---

<sup>162</sup> No mesmo sentido, cfr. CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., p. 734 (nota de rodapé nº 62).

<sup>163</sup> “L11-7 – **Lorsqu'un délai d'un an s'est écoulé à compter de la publication d'un acte portant déclaration d'utilité publique d'une opération, les propriétaires des terrains à acquérir compris dans cette opération peuvent mettre en demeure la collectivité ou le service public au bénéfice duquel la déclaration d'utilité publique est intervenue de procéder à l'acquisition de leur terrain dans un délai de deux ans à compter du jour de la demande. Ce délai peut être prorogé une fois pour une durée d'un an sauf dans les cas où une décision de sursis à statuer a été opposée antérieurement à l'intéressé en application des dispositions du code de l'urbanisme. A défaut d'accord amiable à l'expiration de ce délai, le juge de l'expropriation saisi par le propriétaire, prononce le transfert de propriété et fixe le prix du terrain comme en matière d'expropriation.** L'acte ou la décision portant transfert de propriété éteint par lui-même et à sa date tous droits réels ou personnels existants sur l'immeuble cédé. Les droits des créanciers inscrits sont reportés sur le prix dans les conditions prévues à l'article L. 12-3. Les dispositions des alinéas précédents ne sont pas applicables lorsque l'opération tend à la conservation des forêts. Pour les déclarations d'utilité publique intervenues antérieurement au 3 janvier 1976, le délai d'un an visé au premier alinéa court à compter de cette date” – grifos nossos.

requer ao juiz a transferência compulsória da propriedade, bem como a fixação do preço da indenização. Esse expediente, que é uma verdadeira garantia do particular nas expropriações por utilidade pública, tem o fito de abreviar a situação de incerteza, reduzindo o período suspeito de cinco para três anos ou para quatro anos, caso tenha lugar a aludida prorrogação de um ano.

Por uma questão de coerência com a nossa proposta de adoção do prazo bienal, a eventual incorporação do *droit de délaissement* no direito brasileiro careceria de duas adaptações. A primeira delas seria a diminuição pela metade do lapso temporal de dois anos seguinte à notificação feita pelo expropriado; a última seria a improrrogabilidade do prazo para que o promotor da expropriação adquira o imóvel sobre o qual recai a DUP.

#### 5.1.5. Do valor da indenização

O valor da indenização representa tanto um **requisito de validade da petição inicial** (art. 13 da LGD) quanto uma **questão de mérito**, assim como também é a única das matérias de defesa que não está diretamente vinculada com a DUP. Conforme expusemos antes, a teor do *caput* do art. 7º da LGD, declarada a utilidade pública do imóvel, ficam as autoridades administrativas autorizadas a adentrá-lo. Essa autorização tem o condão de permitir ao promotor da expropriação a realização da perícia mediante a qual avaliará o preço a ser ofertado ao expropriado para fins da justa indenização. Ofertado o preço, a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo, pela **via administrativa**, também conhecida como «**expropriação amigável**», ou pela **via judicial**, segundo o *caput* do art. 10 da LGD.

Na «desapropriação» pela via administrativa, estamos diante de um negócio jurídico bilateral celebrado entre o promotor da expropriação e o expropriado. Nessa circunstância, a livre vontade das partes ajusta consensualmente as condições para a aquisição da propriedade, configurando um legítimo **contrato de compra e venda de direito privado**, restando prejudicada a ideia de transferência coercitiva da propriedade. Está bem de se ver que não se trata, verdadeiramente, de desapropriação, devendo a ideia paradoxal de «expropriação amigável» dar lugar à de «transferência amigável».<sup>164</sup>

---

<sup>164</sup> CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., p. 735.

Contrariamente, existe quem entenda que a aquisição da propriedade privada sobre a qual recai uma DUP não pode ser considerada um negócio jurídico de livre vontade com natureza jurídica de direito privado, e, sim, um contrato administrativo de compra e venda. Para essa corrente, a vontade do proprietário não é plenamente independente, pois ela se apresenta «coagida psicologicamente» pelo expropriante. É dizer, o expropriado resigna-se com a alienação de seu bem ao expropriante para evitar todos os dissabores e transtornos de um processo judicial de desapropriação e ante a consciência que a vontade administrativa é, de certa forma, inelutável e inevitável. Desse modo, a celebração da escritura pública de compra e venda *a posteriori* da DUP não descaracterizaria a natureza expropriatória.<sup>165</sup>

Essas diferenças de posicionamento quanto à natureza jurídica da expropriação pela via administrativa importarão consequências sobre o reconhecimento do **direito de retrocessão ou reversão** ao ex-proprietário do bem.<sup>166</sup> Para os que advogam a natureza contratual de direito privado da expropriação amigável, por inexistir coerção de vontade, ficaria prejudicado o direito de retrocessão por falta de interesse de agir. Sem embargo, para os que perfilham a natureza expropriatória da desapropriação amigável, como sendo um contrato administrativo de compra e venda, faz todo o sentido seja reconhecido o direito de retrocessão, porquanto seria injusta a privação dessa garantia ao expropriado o qual, colaborando com o expropriante, transfere-lhe a propriedade mediante acordo, pela via administrativa, enquanto que essa persiste inequivocamente na esfera de direitos do expropriado o qual opta pela resolução litigiosa na via judicial.

*Data maxima venia*, pelo menos no direito brasileiro, pensamos que a razão reside com aqueles que entendem a expropriação por via administrativa como um **contrato de compra e venda de direito privado da Administração**, motivo pelo qual não assiste ao proprietário o direito de retrocessão. Alguns argumentos orientam a nossa filiação a tal corrente.

*Primo*, em existindo pacto entre as partes quanto ao preço na via administrativa, não há lugar para a adjudicação judicial, ficando a transferência de titularidade resolvida por acordo celebrado mediante escritura pública, afastando-se, destarte, a noção de

---

<sup>165</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2010a, pp. 334-337.

<sup>166</sup> Entraremos em pormenores sobre o instituto da retrocessão logo mais.



transferência coercitiva. Diversamente do que sustentam algumas vozes na doutrina<sup>167</sup>, a DUP não engendra uma «coação psicológica» sobre o expropriado, no sentido que a autonomia de sua vontade é reduzida a limites mínimos, tampouco acarreta uma perda considerável de valor de mercado do bem.

Com efeito, ela ocasiona invariavelmente uma perda do apelo comercial do patrimônio individualizado para a expropriação, já que raramente alguém se interessará em adquirir um bem sob a iminência de desapropriação, porém isso não se confunde com a depreciação de seu valor de mercado. Essa ideia (a desvalorização do bem) é posta em causa se atentarmos para o fato que um dos critérios plasmados na lei para a determinação do conteúdo da justa indenização é o “valor venal dos [bens] da mesma espécie, nos últimos cinco anos” (art. 27, *caput*, da LGD). Ademais, o ato de DUP não obsta, desde que observados os requisitos legais, o licenciamento de obra, como se verifica expressamente na Súmula nº 23 do STF, de 13 de dezembro de 1963, *in verbis*: “Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a DUP para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada.”

Complementarmente, o art. 26, § 1º, da LGD assevera que “[s]erão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; **as úteis quando feitas com autorização do expropriante**” – grifos nossos.<sup>168</sup> A propósito, o art. 96 do CC define que “[a]s **benfeitorias** podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias” (*caput*); “[s]ão **voluptuárias** as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor” (§ 1º); “[s]ão **úteis** as que aumentam ou facilitam o uso do bem” (§ 2º); e “[s]ão **necessárias** as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore” (§ 3º) – grifos nossos. No que tange à

---

<sup>167</sup> CAETANO, M. Em Torno do Conceito de Expropriação por Utilidade Pública, in *O Direito*, ano 81, nº 3. Lisboa: [s.n.], 1949, p. 197 *apud* AMARAL, R. A reversão de bens expropriados, in *Revista do CEDOUA*, nº 13, 2004, p. 114.

<sup>168</sup> O legislador não disciplinou o procedimento para requerer a autorização do expropriante para a realização das benfeitorias úteis, muito menos as consequências da negativa desse pedido, ficando o particular inteiramente entregue ao arbítrio do expropriante, tendo em vista a inexistência de parâmetros legais para controlar a apreciação do requerimento. Diante desse problema, é fácil de perceber que o expropriante – mormente quando ele for também o beneficiário da expropriação – terá pouquíssima ou nenhuma boa vontade em deferir a autorização formulada pelo expropriado, pois não quererá ver o *quantum* indenizatório aumentado. Por esse motivo, em nossa visão, essa é uma matéria que não só pode como deve ser igualmente trazida como questão de mérito pelo expropriado perante o juiz da causa, pois que está diretamente vinculada com o valor da indenização.

insuscetibilidade de indenização das benfeitorias voluptuárias, tal fato pode ser justificado como uma mera restrição decorrente da função social da propriedade. Nada obstante, o art. 26º, § 1º, da LGD cuida exclusivamente de benfeitorias, concebidas como melhoramentos ou conservações feitas em acréscimo ao que existe, de modo que subsiste para o expropriante o dever de indenizar as acessões que porventura forem plantadas ou edificadas.<sup>169</sup>

*Secundo*, o caráter bilateral do negócio jurídico fica evidenciado pela possibilidade inquestionável de as partes negociarem prazos e formas de pagamento diversos daqueles previstos pela Constituição para a «justa indenização». Noutras palavras, é possível que o pagamento da indenização seja diferido e realizado em prestações, ao contrário de prévia (entendida como uma «verdadeira fração de segundo», repita-se) e à vista; e por meios outros que não o dinheiro (v.g., títulos da dívida pública, cedência ou permuta de bens ou direitos etc.).

*Tertio*, a LGD não distingue entre o contrato de compra e venda de direito privado que ocorre previamente à DUP e o contrato administrativo de compra e venda posterior ao decreto expropriatório, antes, a lei fala apenas em efetivação «mediante acordo», ao revés, por exemplo, do art. 11º do Código das Expropriações, que impõe expressamente a tentativa da aquisição de direito privado antes da deflagração da relação expropriatória. Tampouco o diploma brasileiro impõe uma vinculação do promotor da expropriação na «desapropriação amigável» ao fim de utilidade pública declarado no ato expropriatório como a encontrada no art. 37º, nº 2, alínea b), do Código das Expropriações. Dessa forma, entendemos inexistir uma distinção prática entre os contratos de compra e venda celebrados antes e depois da DUP.

Por derradeiro, se a experiência ensina que um processo judicial de desapropriação é quase sempre estressante e cansativo para o expropriado, a verdade é que isso precisa ser compreendido como uma presunção fática relativa, não se podendo extrair daí que a vontade do alienante estará forçosamente viciada. O escopo da via judicial é precisamente evitar a resignação forçada do titular do direito patrimonial declarado de utilidade pública com o preço ofertado pelo expropriante, de modo que, se a Justiça é morosa, esse é um

---

<sup>169</sup> MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2009, p. 873.

problema de ordem prática o qual não altera a natureza jurídica do instituto, essa situada no plano teórico.

No respeitante à desapropriação pela via judicial, resta ainda ao expropriado, para além das questões prévias sobre as quais já discorremos, como argumento de defesa, a **impugnação do preço** ofertado pelo expropriante, como prevê o art. 20 da LGD. Após a contestação, se as partes concordarem expressamente sobre o preço, o juiz homologá-lo-á por sentença (art. 20), do contrário será nomeado perito oficial pelo juízo para a apresentação do laudo em cartório até cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento (art. 23).

No preço, que será fixado por sentença (art. 24), compreender-se-ão o principal e os acessórios, calculados em parcelas autônomas (art. 25), e o valor da indenização deverá ser contemporâneo à avaliação e sem incluir o direito de terceiros contra o expropriado (art. 26, *caput*). O art. 26 traz ainda os §§ 1º e 2º, que tratam das benfeitorias e da correção monetária, respectivamente. Sobre a questão das benfeitorias já discorremos *supra*, pelo que nos falta tratar da correção monetária.

Conforme dispõe o § 2º do art. 26, “[d]ecorrido **prazo superior a um ano a partir da avaliação**, o Juiz ou Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado, conforme **índice que será fixado, trimestralmente**, pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República” – grifos nossos. Esse preceito apresenta dois elementos que inspiram alguns cuidados, quais sejam (I) o prazo mínimo de um ano a partir da avaliação determinado pela LGD para que seja atualizado o valor apurado; e (II) o índice de correção trimestral.

Quanto ao primeiro elemento, Moraes Salles adverte para a inconstitucionalidade da imposição do lapso temporal de um ano para a correção monetária do *quantum* a ser pago ao expropriado. Ocorre que, se a indenização for paga quase completando um ano da avaliação feita pelo perito oficial, existe um inarredável prejuízo financeiro para o beneficiário da indenização, haja vista que, entretanto, a inflação terá corroído parte da compensação a que tem direito, em clara violação ao princípio da justa indenização (art. 5º,

inciso XXIV, da CRFB). Para ilustrar seu argumento, cita o autor a absurda taxa de inflação registrada, em 1990, no Brasil: 1.199,2% a.a.<sup>170</sup>

No entanto, após a promulgação da LF nº 6.899, de 08 de abril de 1981, lei que determinou a aplicação de correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial, a jurisprudência do STJ entendeu que o trecho do art. 26, § 2º, da LGD o qual estipulava o decurso de prazo superior a um ano contado da avaliação do perito para a atualização da indenização restou revogado – todavia, o marco inicial da correção monetária permanece sendo a data da avaliação. Com isso editou a Súmula nº 67, de 15 de dezembro de 1992, mediante a qual “[n]a desapropriação, cabe a atualização monetária, ainda que por mais de uma vez, **independente do decurso de prazo superior a um ano** entre o cálculo e o efetivo pagamento da indenização” – grifos nossos.

Quanto ao índice de correção trimestral fixado pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República, parece-nos que esse índice encontra-se revogado, haja vista atualmente vigorar o IPCA, medido mensalmente pelo IBGE.

Por fim, a sentença judicial indicará os fatos que motivaram o convencimento do juiz; atenderá à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao **valor venal** dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu (art. 27, *caput*).

Resta ainda abordar um último ponto problemático deste capítulo, qual seja o do valor do depósito prévio para a imissão provisória na posse.

Nos termos do art. 15, *caput*, da LGD, o promotor da expropriação tem o direito subjetivo à **imissão provisória na posse** dos bens, desde que (I) **alegue urgência** e (II) **deposite a quantia arbitrada**, de sorte que cumpridas tais condições não cabe ao juiz indeferir o requerimento. A obrigatoriedade de concessão da imissão provisória na posse vem da conjugação da regras dos §§ 2º e 3º do art. 15. Conforme o § 2º, após a alegação de urgência, o promotor da expropriação tem o prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias para requerer a imissão provisória na posse, sob pena de, pela regra do § 3º, perder o direito a sua concessão.

---

<sup>170</sup> SALLES, J. C. de M. Op. cit., p. 501.

A regra geral para a determinação do valor do depósito é a constante do § 1º do art. 15, *in verbis*: “**do preço oferecido**, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial” (alínea a); “**da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo**, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido” (alínea b); “**do valor cadastral do imóvel**, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior” (alínea c); ou “não tendo havido a atualização a que se refere no inciso c), **o juiz fixará, independente de avaliação**, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel” (alínea d) – grifos nossos. Ainda que discorde do valor, o expropriado pode levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito (art. 33), mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscais sobre o bem e publicação de editais para o conhecimento de terceiros, no prazo de dez dias (art. 34).

Ocorre que esses critérios permitem a imissão provisória na posse mediante um depósito quase sempre muito aquém do valor de mercado do bem, sobretudo porque feito previamente à avaliação do perito judicial, o que acaba por inviabilizar ao expropriado a aquisição de outra propriedade de condições semelhantes à que tinha. Some-se a isso que, se na teoria a imissão provisória opera apenas no plano da posse, não gerando a perda do direito de propriedade do expropriado, na prática o conteúdo da propriedade fica completamente esvaziado. Aliás, atento a essa realidade, o STJ já decidiu que o expropriado só está obrigado aos impostos relativos ao bem expropriando até o deferimento e a efetivação da imissão provisória na posse.<sup>171</sup>

Justamente por essas razões muitas vezes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, contestam a constitucionalidade dos critérios para o depósito prévio elencados no § 1º do art. 15 da LGD. No entanto, alheio a todos esses argumentos, o entendimento do STF é outro. Em 24 de setembro de 2003, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro editou a Súmula nº 652, que afirma expressamente que o artigo em tela não contraria a Constituição. Pese embora a edição da súmula, que, contudo, não é súmula vinculante, a controvérsia permanece viva. Em 7 de dezembro 2010, o Órgão Especial do

---

<sup>171</sup> REsp nº 239.687/SP (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 20 de março de 2000. Rel. Min. Garcia Vieira *apud* CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., p. 739.

Tribunal de Justiça de São Paulo publicou a Súmula nº 30, de teor literalmente oposto à Súmula nº 652, senão vejamos: “Cabível sempre avaliação judicial prévia para imissão na posse nas desapropriações.”

Esse problema é parcialmente corrigido pelo DL nº 1.075, de 22 de janeiro de 1970, que estabelece critérios diferenciados para a imissão provisória na posse do imóvel residencial urbano. Nas considerações preambulares, aquele diploma admite a dificuldade dos proprietários de prédios no sistema jurídico vigente (leia-se: na LGD) para a obtenção de uma indenização provisória suficiente para a aquisição de nova casa própria; além de reconhecer que a oferta do poder expropriante, baseada em valor cadastral do imóvel, é inferior ao valor real apurado em avaliação no processo de desapropriação. Diante desse quadro de coisas, o decreto-lei atribui ao expropriado a faculdade de impugnar o preço oferecido a título de depósito prévio no prazo de cinco dias após a intimação da oferta (art. 1º).

Sendo impugnada a oferta, o juiz fixará o valor provisório do imóvel em 48 (quarenta e oito) horas, recorrendo à avaliação pericial se a entender necessária (art. 2º, *caput*), caso em que o laudo deverá ser apresentado no prazo máximo de cinco dias (art. 2º, parágrafo único). Se o **valor arbitrado for superior ao preço oferecido**, o promotor da expropriação deverá complementar o depósito até a metade do valor arbitrado (art. 3º), limitado ao teto de 2.300 (dois mil e trezentos) salários-mínimos vigentes na região (art. 4º), para ser imitado provisoriamente na posse. Nesse caso, o expropriado poderá levantar o valor total do depósito complementado (art. 5º, *caput*).

Se o **valor arbitrado for inferior ao preço oferecido**, o expropriado poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do valor ofertado<sup>172</sup> e se o **valor arbitrado for igual ao dobro do preço oferecido**, o expropriado poderá optar entre levantar até 80% (oitenta por cento) do valor da oferta ou levantar até metade do valor arbitrado (art. 5º, parágrafo único).

Como dissemos, o problema do baixo valor dos depósitos prévios para a imissão provisória na posse é apenas parcialmente resolvido com esse diploma, pois ele só tem

---

<sup>172</sup> Neste caso, a lei é confusa, pois propõe também ao expropriado a opção de levantar metade do valor arbitrado. Porém, como se nota, isso não faz sentido, já que lhe será sempre mais vantajoso levantar até 80% (oitenta por cento) do valor ofertado.

aplicabilidade aos imóveis residenciais urbanos, habitados pelo proprietário ou pelo promitente comprador cuja promessa de compra esteja devidamente inscrita no Registro de Imóveis (art. 6º). Ficam, assim, desguarnecidos os proprietários de imóveis não residenciais urbanos, os de imóveis rurais, bem como todos os locatários.

Por fim, em caso de imissão provisória na posse, o expropriado tem direito a **juros compensatórios** de 12% (doze por cento) a.a., calculados sobre a diferença entre o valor da indenização fixado na sentença e 80% (oitenta por cento) do depósito ofertado, desde a perda efetiva da posse até o trânsito em julgado da sentença, nos dizeres do art. 15-A, *caput*, da LGD, e, ainda, das Súmulas nºs 164 e 618 do STF. Sobre o valor da indenização podem correr, ainda, **juros moratórios** de até 6% (seis por cento) a.a., destinados “a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, (...) a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da CRFB”, consoante o disposto no art. 15-B da LGD, introduzido pela MP nº 2.183-56, de 24 de agosto de 2001. Apesar de não ter sido arguida pelos requerentes a inconstitucionalidade dessa norma legal na «ADI nº 2.332-2/DF», a exemplo do que se passou com o art. 15-A, cabem aqui dois comentários sobre os juros moratórios: um sobre o momento em que começam a correr e o outro a respeito da taxa de juros aplicável.

Quanto ao **momento inicial dos juros moratórios**, nos termos do art. 398 do CC, “[n]as obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.” A seu turno, a Súmula nº 54 do STJ, de 24 de setembro de 1992, estende esse prazo inicial de contagem dos juros moratórios à responsabilidade extracontratual por atos lícitos, a saber: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.” Porém, pela própria natureza das desapropriações, não há de se falar em obrigação inadimplida antes que a sentença transite em julgado, pois é só a partir de então que o valor da indenização a ser pago ao expropriado torna-se líquido. É essa a lógica subjacente à Súmula nº 70 do STJ, de 15 de dezembro de 1992, *in verbis*: “Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença.”

Contudo o art. 15-B veio a alterar essa regra, ao estipular prazo diferente para a contagem dos juros moratórios contra as Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e

Municipais. Com essa modificação, a constituição em mora tem início somente em 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da CRFB. O dispositivo constitucional em questão (art. 100) cuida do regime jurídico dos precatórios, razão pela qual o marco inicial do cômputo dos juros moratórios contra as pessoas jurídicas de direito privado permanece inalterado, qual seja o trânsito em julgado da sentença. A propósito do exercício em que o pagamento deveria ser feito, o art. 100, § 5º, da CRFB determina que os precatórios apresentados até 1º de julho têm vencimento no fim do exercício financeiro seguinte ao de sua apresentação; e, por dedução, os precatórios apresentados após 1º de julho vencem tão-somente no fim do segundo exercício posterior ao de sua apresentação.

Pese embora os débitos da Fazenda Pública oriundos de sentença judicial somente possam ser pagos após a dotação orçamentária, na ordem cronológica de apresentação dos precatórios (art. 100, *caput*, da CRFB), ressalvadas as obrigações de pequeno valor<sup>173</sup>, o diferimento do termo inicial dos juros moratórios imposto pelo art. 15-B da LGD, a nosso ver, enferma de inconstitucionalidade por violação do princípio da justa indenização, presente no art. 5º, inciso XXIV, da CRFB.

---

<sup>173</sup> CRFB:

“Art. 100. (...) § 3º O disposto no *caput* deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos **pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor** que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado” – grifos nossos.

“Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de **pequeno valor**, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham **valor igual ou inferior a:**

I - **quarenta salários-mínimos**, perante a **Fazenda dos Estados e do Distrito Federal**;

II - **trinta salários-mínimos**, perante a **Fazenda dos Municípios**.

Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100” – grifos nossos.

LF nº 10.259, de 12 de julho de 2001, designada por **Lei dos Juizados Especiais Federais**:

“Art. 17. (...) § 1º Para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de **pequeno valor**, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, *caput*)” – grifos nossos.

“Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal **até o valor de sessenta salários mínimos**, bem como executar as suas sentenças” – grifos nossos.



Conforme a experiência ensina, uma ação de desapropriação não se intenta da noite para o dia. Desde as discussões preliminares internas sobre a conveniência e a oportunidade da expropriação até o trânsito em julgado da sentença, inúmeras são as etapas percorridas pela Administração e vários anos costumam-se passar. Logo, já sabendo a Fazenda Pública com bastante antecedência das expropriações, deveria ela incluir antecipadamente no orçamento verbas específicas para a satisfação das despesas com as indenizações, garantindo, assim, o cumprimento da justa e prévia indenização com a maior brevidade possível. Adotando esse expediente, a aplicação da Súmula nº 70 do STJ às pessoas jurídicas de direito público certamente não traria prejuízos às contas públicas.<sup>174</sup>

Sem embargo, o STF editou a Súmula Vinculante nº 17, em 29 de outubro de 2009, que determina que “[d]urante o período previsto no parágrafo 1º [atualmente parágrafo 5º, na redação dada pela EC nº 62, de 9 de dezembro de 2009] do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.” *Data maxima venia*, essa posição firmada pela Corte Constitucional, se também aplicada às desapropriações, avaliza um privilégio injustificável em prol das pessoas jurídicas de direito público, transferindo um ônus patrimonial da Administração para o expropriado, que, além de estar impedido de receber juros compensatórios entre a expedição e o vencimento do precatório (art. 100, § 12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/2009)<sup>175</sup>, não percebe juros de mora no mesmo período. Ora, se o Estado não se planeja no sentido de incluir em seu orçamento um fundo para as despesas com desapropriação, obviamente que não é no sacrifício do direito do expropriado de receber uma justa indenização que se encontra a solução justa do problema. Por esse motivo, a Súmula Vinculante nº 17 deveria receber interpretação conforme a Constituição para não ser aplicada aos precatórios originários de processos de expropriação.

Quanto ao **índice de juros aplicável**, o art. 1.062 do Código Civil revogado estipulava-os, quando não convencionados, em 6% (seis por cento) a.a. Ainda na vigência

---

<sup>174</sup> Nesse sentido, cfr. CARVALHO FILHO, Op. cit., p. 751.

<sup>175</sup> “§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando **excluída a incidência de juros compensatórios**” – grifos nossos.

Em 14 de março deste ano, nas ADIs 4.357 e 4425, o STF declarou inconstitucionais as expressões «independentemente de sua natureza» e «índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança» constantes do preceito em comento.

daquela lei, sobreveio o art. 15-B da LGD, que estipulou em «até» 6% (seis por cento) a.a. os juros moratórios devidos pelo atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na sentença das ações referidas no art. 15-A (ação de desapropriação, ação indenizatória por «desapropriação» indireta e ação indenizatória por restrições decorrentes de atos do Poder Público). Com a revogação do antigo *Codex*, os juros moratórios passaram a ser fixados, no art. 406 do diploma atual (2002), “segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional” – que é de 12% (doze por cento) a.a., nos termos do art. 161, § 1º, do CTN.<sup>176</sup> Porém, dado que a aplicação do art. 406 é subsidiária, assim como o era o antigo art. 1.062, a alíquota do art. 15-B da LGD mantém-se válida para os juros moratórios.

O problema é que a alíquota de «até» 6% (seis por cento) a.a. pressupõe que o juiz da causa pode arbitrar a taxa de juros moratórios em seis por cento ou menos, inclusive zero! Como bem refere Carvalho Filho, não existem critérios para que o julgador proceda à fixação desse percentual e, sendo o fato gerador dos juros sempre um só, qual seja o atraso no pagamento, não faz sentido a taxa ser variável. Além disso, a variação percentual dos juros moratórios nas desapropriações agride o princípio da isonomia de tratamento, pois coloca – sem a menor justificativa – os credores de um direito à indenização por expropriação em desvantagem relativa aos credores civis em geral, cujas perdas são recompostas com margem fixa de juros.<sup>177</sup>

Por último, não custa informar que é pacífico na jurisprudência que os juros compensatórios e os juros moratórios são cumuláveis, não constituindo essa cumulação anatocismo vedado em lei, conforme as Súmulas nºs 12, de 30 de outubro de 1990, e 102, de 17 de maio de 1994, ambas do STJ.<sup>178-179</sup>

Da decisão que imitar o promotor da expropriação provisoriamente na posse do bem cabe recurso de agravo para o tribunal *ad quem*, no prazo de dez dias (art. 522 do CPC),

---

<sup>176</sup> “Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, **os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês**” – grifos nossos.

<sup>177</sup> Op. cit., p. 751.

<sup>178</sup> Súmula nº 12 do STJ “Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.”

<sup>179</sup> Súmula nº 102 do STJ: “A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.”

para questionar o valor do depósito prévio; e da sentença que fixar o preço da indenização caberá apelação, no prazo de quinze dias (art. 508 do CPC), com efeito meramente devolutivo quando interposta pelo expropriado e no duplo efeito quando interposta pelo promotor da expropriação (art. 28, *caput*, da LGD).

## 5.2. Controle judicial autônomo ou substancial

Caminhando de mãos dadas com a evolução do direito administrativo, o controle jurisdicional das expropriações percorreu uma longa trajetória até atingir o estágio atual. Conforme Gustavo Binbenbojm, o surgimento do direito administrativo representou mais uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime do que a sua superação pela Revolução Francesa. O direito administrativo não é uma consequência «milagrosa» da submissão do Estado à vontade do legislador, na verdade, a sua origem é fruto de uma autovinculação do Executivo construída pela própria jurisprudência do Conseil d'État. Nesse sentido, a criação do contencioso administrativo é reflexo da desconfiança dos revolucionários com um controle da Administração pelos tribunais judiciais o qual pudesse limitar os objetivos da Revolução. Da mesma maneira, o princípio da separação de Poderes era antes uma garantia da ausência de controle judicial na liberdade decisória da Administração do que realmente uma garantia para os cidadãos.<sup>180</sup>

O primeiro critério apresentado para demarcar a competência do Conselho de Estado foi o **critério subjetivo**, isto é, por aquele critério era defeso ao Poder Judiciário julgar os casos em que o Estado participasse ou pudesse vir a ser condenado. A revogação do art. 3, Capítulo V, Título III, da Constituição de 1791<sup>181</sup>, por meio do Dec. de 19 de setembro de 1870, viabilizou a responsabilização direta da Administração e seus agentes pela **teoria da falta pessoal e da falta do serviço** pelo Poder Judiciário.<sup>182</sup>

Posteriormente, avançou-se o critério pelo qual os **atos de autoridade** eram da competência do Conseil d'État, enquanto que os **atos de gestão** competiam ao Poder

---

<sup>180</sup> BINENBOJM, G. Op. cit., in SARMENTO, Daniel. (org.). Op. cit., pp. 125-127.

<sup>181</sup> “Article 3 – **Les tribunaux ne peuvent**, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni **entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions**” – grifos nossos.

<sup>182</sup> MIRANDA, D. A. T. de. Op. cit., p. 54.

Judiciário.<sup>183</sup> Todavia esse modelo mostrou-se frustrado com a descoberta de **atos de gestão pública**, abrindo caminho para que o Conselho ficasse incumbido de processar e julgar as causas relativas à noção de **serviço público**, entendido como as missões as quais cumpre ao Estado desempenhar. Porém, com o advento do Estado Social, essa solução restou enfraquecida diante do aumento dos deveres a ele endereçados, sem contar os casos de serviços públicos delegados a particulares e de serviços de natureza privada desempenhados pela própria Administração.<sup>184</sup> Hoje, a delimitação da competência é extraída do **regime jurídico** das partes contendentes. Assim, entidades privadas em exercício de função delegada do Estado, ou seja, pessoas jurídicas com regime de direito público são processadas e julgadas pela justiça administrativa.<sup>185</sup>

Consoante aduzimos *supra*, o Brasil adotou o modelo de jurisdição una, isto é, toda e qualquer lesão ou ameaça a direito é apreciável pelos órgãos do Poder Judiciário, que detêm o monopólio da coisa julgada. Por esse motivo, para os propósitos deste trabalho, goza de menos importância discutir os critérios de separação da competência jurisdicional, antes, releva mais esclarecer quais são os critérios que informam o controle jurisdicional das expropriações ou, em última análise, o controle da discricionariedade administrativa, uma vez que a DUP é ato administrativo praticado no exercício de uma competência discricionária.

O instituto da discricionariedade administrativa, inicialmente identificado com os «atos de império» e, destarte, fora do escopo revisional dos tribunais, sofre a sua primeira mitigação com o advento, no primeiro terço do século XIX, do *recours d'excès de pouvoir* no âmbito do Conseil d'État. Em princípio, o controle realizado por esse recurso baseava-se exclusivamente em vícios de incompetência, porém o Conselho equiparou posteriormente essa interpretação aos vícios de forma, levando em consideração que toda competência atribuída há de ser exercida de uma maneira determinada. Todavia, o grande salto no controle da competência discricionária foi dado no *arrêt* «Lesbats»<sup>186</sup>, em que o

---

<sup>183</sup> García de Enterría e T.-R. Fernández explicam que os «atos de autoridade» são aqueles onde a Administração Pública atua com o poder de império, numa relação de subordinação; enquanto que nos «atos de gestão» ela desempenha um papel semelhante ao do particular, relacionando-se com outras pessoas em caráter de coordenação. Cfr. *Curso de Derecho Administrativo I*, 11ª ed. Madri: Civitas, 2002, p. 52.

<sup>184</sup> Idem, pp. 52-53.

<sup>185</sup> MIRANDA, D. A. T. de. Op. cit., p. 54.

<sup>186</sup> *Lesbats*, 25 de fevereiro de 1864.

tribunal francês reconheceu, pela primeira vez, a teoria do *détournement de pouvoir* como causa legítima de anulação do ato administrativo por excesso de poder.<sup>187</sup>

Naquele aresto, o Conseil d'État anulou o decreto do prefeito do departamento de Seine-et-Marne que negava autorização ao Sr. Lesbats para entrar, circular e estacionar seus autocarros de transportes de passageiros na estação ferroviária de Fontainebleau. Segundo o Conselho de Estado, a competência discricionária conferida aos prefeitos, pelo artigo 1º da *ordonnance royale* de 15 de novembro de 1846, para regularem a entrada, a circulação e o estacionamento de veículos públicos ou privados nas estações deveria ser desempenhada apenas com vistas a uma finalidade de polícia ou de serviço público, o que, entretanto, não foi a situação. O tribunal constatou que o móvel do decreto era a garantia do cumprimento do tratado celebrado entre a companhia de caminhos de ferro de Paris-Lyon-Mediterrâneo e o Sr. Richard, empresário do ramo de transportes públicos, pacto esse que excluía os demais interessados, pelo que haveria de ser anulado por desvio de poder.

Já no final do século XIX, o recurso por excesso de poder é estendido a qualquer violação direta ou indireta à lei e, por último, o Conseil d'État avança o alcance de sua atuação até chegar ao **controle dos motivos determinantes** do ato administrativo.<sup>188</sup>

### 5.2.1. O desvio de poder

Conforme aduzimos, o desvio de poder é o resultado da progressiva evolução da jurisprudência do Conseil d'État no controle dos atos administrativos, aparecendo como o terceiro caso de abertura (ou meio de anulação) do *recours pour excès de pouvoir*. Em contraposição às demais aberturas recursais, quais sejam o vício de competência, o vício de forma e a violação da lei, no desvio de poder realiza-se um **controle dos limites internos** da competência discricionária, porque nele avalia-se efetivamente a margem de liberdade da Administração. Repise-se que a competência discricionária é um poder que só existe enquanto atrelado a um dever, mais especificamente o de cumprir a **finalidade** legalmente traçada em prol do **interesse público**. Por essa razão que é vedado não somente o atuar

---

<sup>187</sup> ENTERRÍA, E. G. de; FERNÁNDEZ, T.-R. Op cit., pp. 465-466.

<sup>188</sup> Idem, p. 466.

administrativo *contra legem*, mas também aquele *extra legem*, devendo, então, a Administração pautar-se *secundum legem*.<sup>189</sup>

Diz-se haver, por consequência, «desvio de poder» quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência, mas em vista de um **fim diverso** daquele para o qual o ato poderia ser legalmente cumprido.<sup>190</sup> O desvio de poder tem natureza jurídica dúplice, é dizer, casos existem onde ele configura vício subjetivo e casos outros em que é vício objetivo.<sup>191</sup> Em sua **vertente subjetiva**, a doutrina esmagadoramente majoritária defende ocorrer desvio de poder no uso de uma competência abstrata para a prática de ato administrativo alheio a uma finalidade de interesse público, com móvel ou intenção de favorecimento pessoal, de favorecimento ou detrimento de terceiro ou, ainda, de perseguição política, o que se convencionou designar como **abuso de poder**. Exemplo clássico é a expropriação por causa de utilidade pública seguida de revenda a particular.

Sem embargo, discordamos dessa concepção sobre a sua dimensão subjetiva como um vício de estrita legalidade. A esse respeito, Afonso R. Queiró, citando Appleton, ensina que, quando um administrador pratica ato com finalidade diversa daquela que embasou o seu poder, não ocorre desvio de finalidade, mas verdadeiro vício de competência e, concluindo, que carece de propósito a autonomização do abuso de poder como caso de abertura ao recurso por excesso de poder.<sup>192</sup> Assim, perfilhando essa inteligência, somos do pensamento que a vertente subjetiva do desvio de poder é deflagrada nas situações em que o administrador cumpre um fim de interesse público conjugando-o simultaneamente com um fim de interesse privado, seu ou de outrem. Por isso, o desvio de poder, aqui, representa um ataque, na verdade, à **moralidade administrativa**, o que não significa absolutamente que esteja imune perante os tribunais. Exemplo sintomático do que estamos retratando são as grandes obras públicas para a realização de megaeventos, tais como a construção de estádios de futebol, campos de golfe etc. Existe inegável utilidade pública subjacente a elas, porém, concomitantemente, não raras vezes o móvel dessas decisões

---

<sup>189</sup> STASSINOPOULOS, M. *Traité des Actes Administratifs*. Atenas: Sirey, 1954, p. 69 *apud* MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2003, p. 51.

<sup>190</sup> LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.-C.; GAUDEMET, Y. *Traité de Droit Administratif*, vol. I, 12<sup>a</sup> ed. Paris: L.G.D.J., 1992, p. 476.

<sup>191</sup> Em sentido contrário, entendendo o desvio de poder como vício exclusivamente objetivo, cfr., por todos, MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2003, p. 63.

<sup>192</sup> A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo, in *Revista de Direito Administrativo*, n<sup>o</sup> 7, Rio de Janeiro: FGV, 1947, pp. 76-77.

administrativas é beneficiar setores empresariais locais ou retribuir favores obtidos no financiamento de campanhas eleitorais...

A principal dificuldade na vertente subjetiva mora, pois, na comprovação da intenção viciada do administrador, já que é ilógico supor que esse desvio apresentar-se-á de forma confessa. Partindo dessa compreensão, tem-se relativizado a exigência da prova a ser feita; em vez de uma prova plena ou cabal, basta que ela seja suficiente a ponto de formar uma convicção moral dentro do órgão julgador à luz dos fatos concretos demonstrados em cada caso.<sup>193</sup> Justifica-se pleitear nessas hipóteses, portanto, a repartição ou, até, a inversão do ônus da prova para a Administração, quando esse encargo apresentar-se como uma *probatio diabolica* para o particular.

Contudo, mesmo que entendamos o abuso de poder como um vício de competência, está-se perante matéria de fundo, e não de questão preliminar, razão pela qual a sua apreciação, de acordo com a sistemática adotada pela LGD, deve ser havida em sede de controle judicial autônomo, isto é, em ação direta.

Em sua **vertente objetiva**, o desvio de poder ocorre quando o administrador emprega competência discricionária que possui em abstrato para a promoção de uma finalidade pública diversa daquela prevista na lei que a atribuiu (a competência). O chamado **desvio de procedimento** tem lugar sempre que dois ou mais procedimentos com condições próprias de aplicação sejam adequados à produção de determinado resultado e a Administração opta pelo emprego, não daquele cujas condições estejam reunidas, mas daquele que lhe proporcionará mais vantagens.<sup>194</sup>

Hipótese ilustrativa do *détournement de procédure* é o uso de vias oblíquas para a cobrança de tributos, quando se sabe que a via idônea é a promoção da execução fiscal. Essa prática é repudiada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, tendo sido objeto de duas súmulas do STF. Nas Súmulas nºs 70 e 323, ambas datadas de 13 de dezembro de 1963, a corte averbou que “[é] inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” e que “[é] inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”, respectivamente. Ademais, temos o artigo 150, inciso IV, da CRFB, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco.

---

<sup>193</sup> ENTERRÍA, E. G. de; FERNÁNDEZ, T.-R. Op cit., p. 471.

<sup>194</sup> LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.-C.; GAUDEMET, Y. Op. cit., p. 478.

Cingindo-nos ao âmbito de nossa temática, acontece desvio de procedimento também quando o expropriante declara uma propriedade de utilidade pública para fins de desapropriação, quando deveria realizar uma declaração de interesse social, talvez objetivando tirar proveito do período suspeito mais extenso da DUP. Ou, em sentido contrário, se declara o interesse social de um bem quando diante de causa de utilidade pública, visando a revendê-lo em favorecimento de terceiro. Nesse último exemplo, temos um desvio de procedimento cumulado com um vício de competência, uma vez que o expropriante age com móvel espúrio, contrário ao interesse público.

A esse propósito, cabe precisar que é incorreta a assertiva de que somente existirá desvio de poder se não concorrer nenhum outro vício. Ao revés, é perfeitamente possível e até frequente a sua coexistência com outras infrações legais, sejam elas de caráter material ou formal.<sup>195</sup>

#### **5.2.1.1.A tredestinação lícita**

A Constituição garante o direito de propriedade condicionada à sua função ou vinculação social, mas admite a sua subtração por causa de utilidade pública. A DUP é, assim, o ato constitutivo do procedimento de expropriação que, além de encerrar uma garantia do particular, traduz ao mesmo tempo um pressuposto de legitimidade e um mecanismo de coibição de abusos no uso da competência discricionária da Administração. A partir disso, duas conclusões podem ser inferidas: (I) Não é lícito desapropriar a propriedade privada senão por uma finalidade de interesse público; e (II) sendo desapropriado, o promotor da expropriação fica vinculado a afetar o bem ao fim de utilidade pública declarado no ato administrativo expropriatório.

Eventualmente, pode suceder que o bem expropriado seja desviado da finalidade à qual estava vinculado por força da DUP, fenômeno esse que a doutrina convencionou chamar de **tredestinação**, que, nas palavras de Carvalho Filho, significa dar “destinação desconforme com o plano inicialmente previsto”.<sup>196</sup> Todavia, de longa data, a jurisprudência do STF pacificou ser uma **tredestinação lícita** a modificação da destinação primitiva declarada no ato expropriatório se o bem ainda for empregado em outra finalidade de utilidade pública, é dizer, se se mantiver na nova destinação a característica

---

<sup>195</sup> ENTERRÍA, E. G. de; FERNÁNDEZ, T.-R. Op cit., p. 471.

<sup>196</sup> CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., p. 774.



de utilidade pública conceituada na lei.<sup>197</sup> A consagração legal expressa da trestinação lícita é mais recente, podendo ser colhida do art. 519 do CC (sem correspondência no Código Civil anterior), *in verbis*: “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” – grifos nossos.

Estamos de acordo com essa interpretação jurisprudencial e, por consequência, congratulamos o legislador, porque, se a Constituição admite que um bem seja desapropriado por causa de utilidade pública, não seria razoável que o expropriante, no exercício de sua competência discricionária, não pudesse afetar o bem à utilidade pública mais conveniente e oportuna do que a inicialmente prevista. Não obstante o beneficiário da expropriação prescindir de nova DUP para alterar a destinação primitiva do bem expropriado, pensamos que o expropriado faz jus à atualização da indenização recebida.

O único caso em que se descarta expressamente a possibilidade de trestinação lícita é o do art. 5º, § 3º, da LGD, senão vejamos: “Ao imóvel desapropriado para **implantação de parcelamento popular**, destinado às classes de menor renda, **não se dará outra utilização, nem haverá retrocessão**” – grifos nossos. Nesse quadro, feita a desapropriação do imóvel para a implantação de parcelamento popular, o eventual desvio de finalidade pelo beneficiário da expropriação abre margem para a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, mediante representação do expropriado, ou de ação popular por qualquer cidadão para a anulação da trestinação e, bem assim, impor o cumprimento forçado da obrigação, já que defesa a retrocessão.<sup>198</sup>

#### 5.2.1.2.A trestinação ilícita

A partir do que vimos de expor, podemos deduzir o conceito de **trestinação ilícita** como a modificação da destinação a ser dada ao bem definida no ato declaratório de utilidade pública para um fim que não seja de interesse público. Portanto, não pode o expropriante declarar a utilidade pública de um terreno particular para fins de construção de uma escola pública e, posteriormente, por exemplo, revendê-lo a outra pessoa física ou

---

<sup>197</sup> RE nº 64.559/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 21 de maio de 1971. Rel. Min. Eloy da Rocha.

<sup>198</sup> No mesmo sentido, cfr. MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2009, p. 891.

a uma pessoa jurídica de direito privado (v.g., banco) para a obtenção de lucros ao erário público.

Questão jurídica problemática é a possibilidade de entidades de direito privado<sup>199</sup> serem beneficiadas com a DUP, *rectius*, serem beneficiárias da expropriação, sem que isso configure tredestinação ilícita. Isso tanto pode ocorrer por **via direta**<sup>200</sup>, expressamente indicando-se no ato declaratório de utilidade pública que a desapropriação beneficiará determinada(s) entidade(s) privada(s), quanto por **via indireta**, com a superveniente cessão onerosa ou gratuita do direito de propriedade (ou, conforme o caso, de outros direitos a ela inerentes) pelo promotor da expropriação àquelas.

Em Portugal, defende a melhor doutrina que, a menos que lei especial autorize, “nem as empresas pertencentes ao setor empresarial do Estado ou setor local, desde que não sejam pessoas coletivas<sup>201</sup> públicas empresariais, nem os sujeitos individuais privados, nem as empresas pertencentes ao denominado **setor empresarial privado**, onde se integram as **empresas dominadas por entidades privadas**”, podem figurar como beneficiários da expropriação, “uma vez que, se tal sucedesse, faltaria a **causa expropriandi**, que tem de ser sempre a realização de um **fim de utilidade pública**” – grifos do original. É dizer, para além das entidades a quem a lei confere a competência para a emissão da declaração expropriatória (ou seja, os expropriantes), apenas podem ser beneficiárias as pessoas coletivas de direito público interno, as empresas públicas e as empresas concessionárias de serviço ou obras públicas, segundo a regra do art. 19º, nº 1, do Código das Expropriações.<sup>202</sup>

No entanto, o art. 14º, nº 5, do diploma em questão prevê uma hipótese excepcional a essa regra proibitiva, a saber: a expropriação dos **imóveis** pode ser feita em proveito de **empresas**, desde que **necessários à instalação, ampliação, reorganização ou reconversão das suas unidades industriais ou dos respectivos acessos**, cabendo a

---

<sup>199</sup> Quando adotamos a terminologia «entidades de direito privado» ou «entidades privadas», usamo-la amplamente, de modo a encampar tanto pessoas jurídicas de direito privado quanto pessoas físicas (ou particulares).

<sup>200</sup> Não se nos afigura que o direito brasileiro reconheça a possibilidade de entidade eminentemente privada ser beneficiária da expropriação por via direta. Nesses casos especiais, sempre ocorrerá uma integração provisória ao patrimônio do promotor da expropriação antes da transferência definitiva ao beneficiário final. Nesse sentido, cfr. CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., p. 728.

<sup>201</sup> As «pessoas coletivas» (art. 157º e ss. do Código Civil português) são designadas no direito brasileiro por «pessoas jurídicas» (art. 40 e ss. do CC).

<sup>202</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2010a, pp. 185-186.

decisão do reconhecimento do interesse público ao ministro a cujo departamento compete a apreciação final do processo. Ainda naquele diploma, o art. 12º, nº 2, determina que o **requerimento** da declaração de interesse público feito pela entidade de direito privado, mais precisamente pela empresa, deve ser **obrigatoriamente acompanhado da caução para o pagamento das indenizações** que se fizerem necessárias.<sup>203</sup>

Nos Estados Unidos da América, mormente na Supreme Court, vem-se adotando, desde o século XIX, uma **interpretação bastante ampla de «public use»**. Esse termo, plasmado na *Takings Clause* da Quinta Emenda<sup>204</sup>, é lido de forma não literal, de modo a afastar a obrigatoriedade de a Administração ter de usar ou ocupar ela própria as propriedades que desapropria. Aliás, já naquele século, «public use» era entendido como sinônimo de «causa» ou «benefício» público e concedia-se grande margem de discricionariedade ao Poder Legislativo (nas esferas estadual e local) para concretizar a sua definição.<sup>205</sup>

Por meio de uma interpretação histórica das expropriações do período pré-revolucionário, das primeiras versões das Constituições estaduais e, bem assim, do projeto da *Fifth Amendment*, compreende-se que o termo «public use» jamais teve o escopo de limitar substancialmente a discricionariedade expropriatória do Congresso estadunidense, senão intencionava diferenciar quais restrições ao direito de propriedade deveriam ser acompanhadas de indenização e quais não (v.g. taxas e confisco).<sup>206</sup> Dessa forma, muito embora a jurisprudência em nível estadual seja bastante variada, o único caso no qual a Supreme Court invalidou uma desapropriação por violação do interesse público foi no caso «Missouri Pacific Railway vs. Nebraska», em que o Estado de Nebraska editou um decreto exigindo que a companhia de caminhos de ferro permitisse aos fazendeiros locais a construção de um elevador de grãos numa parte de sua propriedade. A corte considerou

---

<sup>203</sup> Idem, p. 186.

<sup>204</sup> “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; **nor shall private property be taken for public use, without just compensation**” – grifos nossos.

<sup>205</sup> BYRNE, J. P. Op. cit., p. 133.

<sup>206</sup> HARRINGTON, Matthew. P. “Public Use” and the Original Understanding of the So-Called “Takings” Clause, in *Hastings Law Journal*, n° 53, 2002, p. 1245 *apud* BYRNE, J. P. Op. cit., p. 134.

que o ato representava uma expropriação em substância e que a ablação da propriedade de um particular em favor do interesse privado de outro era inconstitucional.<sup>207</sup>

A partir dos anos 1940, diversos projetos de renovação urbanística foram postos em prática ao redor daquele país, em níveis federal, estadual e local. Essas intervenções faziam parte, sobretudo no princípio, de um programa cujo condão era remover grandes áreas de favela (*slum*) para abrir caminho a soluções mais modernas. De um modo geral, as propriedades expropriadas pelo programa acabavam vendidas a empreendedores do setor privado para novos aproveitamentos os quais visavam à extensão de áreas comerciais centrais ou à atração de moradores de classe média. Tanto num aproveitamento quanto noutra os expropriados terminavam realocados para áreas fora da zona renovada.<sup>208</sup>

Esses empreendedores do ramo imobiliário, que eram os principais defensores dos projetos de renovação urbana, viam a cláusula de *public use* de forma ambivalente. Se, por um lado, tinham a consciência que a intervenção estatal, por meio das expropriações, era imprescindível à consecução de seus ambiciosos interesses capitalistas, por outro receavam que uma jurisprudência demasiadamente deferente às investidas do Poder Público reduzisse a proteção do direito de propriedade contra interesses socialistas. Dessa maneira, fazia-se necessário um método seguro o qual permitisse a participação concertada do Estado com os objetivos financeiros daquele grupo sem, contudo, subtrair a garantia da propriedade privada. Esse objetivo foi alcançado por meio da **retórica das áreas de degradação** (*rhetoric of blight*).<sup>209</sup>

Segundo aquele discurso, as áreas de degradação eram como manchas ou doenças que, não fossem contidas, alastrar-se-iam pela cidade de modo nocivo. Portanto, aqueles que detinham propriedades «degradadas», seja por motivações especulatórias seja por ineficiência, agiam contrariamente ao interesse público, de modo que não faziam jus à mesma proteção que a *Takings Clause* dispensava aos outros proprietários.<sup>210</sup> É possível identificar aqui alguma similitude entre essa retórica e a da desapropriação urbanística sancionatória, com a diferença que nessa se condena efetivamente o descumprimento da

---

<sup>207</sup> Missouri Pacific Railway vs. Nebraska, 164 U.S. 403 (1896) *apud* PRITCHETT, W. E. The “public menace” of blight: Urban renewal and the private uses of eminent domain, in *Yale Law and Policy Review*, n° 21, 2003, pp. 11-12.

<sup>208</sup> FULLILOVE, M. T. Op. cit., 2001, p. 73.

<sup>209</sup> PRITCHETT, W. E. Op. cit., p. 13.

<sup>210</sup> Idem, pp. 20-21.

função social da propriedade, enquanto que naquela o suposto descumprimento da função social é uma mera justificativa ideológica para punir a pobreza...

O mais crítico de tudo, em matéria de segurança jurídica dos expropriados, é que, enquanto a desapropriação urbanística sancionatória é forçosamente condicionada por pressupostos de legitimidade específicos e objetivos<sup>211</sup>, nas desapropriações com base na retórica das áreas de degradação os expropriados estão à mercê do arbítrio tecnocrático dos urbanistas, já que não se tem uma definição clara do que significa uma área degradada.<sup>212</sup>

Nessa esteira, o caso «Berman vs. Parker»<sup>213</sup> representou um verdadeiro paradigma no direito do urbanismo americano. Até então, o Poder Judiciário exercia um significativo controle sobre as declarações de utilidade pública, pois, se de um modo geral os tribunais eram-lhes deferentes, frequentemente juízes de primeira instância invalidavam-nas. Depois desse caso, o controle judicial sobre as expropriações ficou severamente restrito.<sup>214</sup> Ali estava em jogo a constitucionalidade de um ousado plano de renovação urbanística na região sudoeste de Washington D.C., com o intuito de deter o declínio econômico da cidade. Na avaliação da Supreme Court, apesar de os expropriantes reconhecerem que os estabelecimentos comerciais dos expropriados não eram áreas de *blight*, eles conseguiram demonstrar que os imóveis eram parcelas necessárias à concretização efetiva do plano e, portanto, justificada estava a DUP daquelas propriedades. Em decisão unânime, a corte equiparou o «*public use*» ao «*police power*», **rejeitando, em suma, a existência de limitações constitucionais aos fins nos quais se devem basear as desapropriações<sup>215</sup> e, considerando as favelas e as áreas de degradação urbana como ameaças à segurança e à saúde públicas das cidades, afirmou que as renovações, porquanto combatem tais ameaças, são expressões do poder de polícia.<sup>216</sup>**

---

<sup>211</sup> O art. 41, inciso III, do Estatuto da Cidade obriga os municípios a elaborarem planos diretores como *conditio sine qua non* para fazerem uso da desapropriação urbanística sancionatória. É nesses planos, segundo o art. 182, § 2º, da CRFB, que se determina de que modo a propriedade urbana cumpre a sua função social. Em Portugal, as alíneas b), c) e d) do art. 128º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, elencam hipóteses ilustrativas segundo as quais os indivíduos podem ser expropriados por causa do descumprimento da função social da propriedade.

<sup>212</sup> PRITCHETT, W. E. Op. cit., p. 18.

<sup>213</sup> Berman vs. Parker, 348 U.S. 26 (1954).

<sup>214</sup> PRITCHETT, W. E. Op. cit., p. 2.

<sup>215</sup> BYRNE, J. P. Op. cit., p. 135.

<sup>216</sup> PRITCHETT, W. E. Op. cit., p. 45.

Esse julgamento teve como efeito uma forte reação popular, em razão do elevado número de pessoas desapropriadas de suas casas, em sua ampla maioria negros e pobres, e muitos questionamentos quanto ao êxito do plano urbanístico. Curiosamente, observa Pritchett, nenhuma das partes envolvidas no processo cuidou de mencionar que o processo alteraria dramaticamente a demografia racial da cidade (97,5% dos residentes da área afetada eram negros), impressionante, sobretudo, quando levamos em conta que, apenas quatro meses antes da interposição dos recursos, a Supreme Court havia julgado o célebre caso «Brown vs. Board of Education», um verdadeiro marco jurisprudencial na história americana no que tange aos direitos civis e à igualdade racial.<sup>217 - 218</sup>

Em «Hawaii Housing Auth. vs. Midkiff»<sup>219</sup>, diante da constatação que a maioria do solo do Estado do Haváí era dominada por um oligopólio fundiário de setenta e dois proprietários, que engendrava distorções artificiais ao normal funcionamento do mercado imobiliário, forçava milhares de pessoas ao regime de arrendamento, em vez da aquisição de propriedade residencial, o Poder Legislativo estadual elaborou o *Land Reform Act* com vistas a sua redistribuição perante a comunidade. Partindo da interpretação extensiva construída em «Berman vs. Parker», a Supreme Court reafirmou que a desapropriação traduz uma expressão do poder de polícia e venceu que **a utilidade pública declarada pelo Poder Legislativo deve ser reconhecida pelo Judiciário sempre que for «razoavelmente concebível», e que não compete aos órgãos judicantes deliberar acerca da «probabilidade de êxito» das metas traçadas**, pois esse é um debate o qual incumbe ao Legislativo.<sup>220</sup> E foi além. Segundo o tribunal, **indifere se entidades de direito privado serão beneficiadas por via direta ou por via indireta com a DUP**, pois o imprescindível é que, tanto num caso quanto noutro, a expropriação busque um interesse público legítimo, e não um interesse privado.<sup>221</sup>

---

<sup>217</sup> Idem, pp. 44-45.

<sup>218</sup> Para fins estatísticos, não obstante configurassem, em 1961, apenas dez por cento (10%) da população dos Estados Unidos, os negros representavam uma desproporcionalíssima parcela de sessenta e seis por cento (66%) dos expropriados do programa de renovação urbanística. E, por volta de 1962, um número superior a 800 comunidades de negros já haviam sido fragmentadas e espalhadas. Cfr. BELLUSH, J.; HAUSKNECHT, M. Relocation and managed mobility, in BELLUSH, J.; HAUSKNECHT, M. (org.). *Urban Renewal: People, Politics and Planning*. Garden City: Anchor Books, 1967, pp. 366-377 *apud* FULLILOVE. M. T. Op. cit., 2001, pp. 73-74; 78.

<sup>219</sup> Hawaii Housing Auth. vs. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984).

<sup>220</sup> BYRNE, J. P. Op. cit., p. 136.

<sup>221</sup> HOTING, S. Op. cit., pp. 71-72.

Por último, no caso «Kelo vs. City of New London»<sup>222</sup>, apreciou-se a constitucionalidade do projeto de redesenvolvimento urbanístico da orla costeira de New London, no Estado de Connecticut, elaborado no vácuo do anúncio da Pfizer da construção de um centro global de pesquisas na região, anunciado pela Pfizer. O objetivo era reabilitar o centro da cidade e aprimorar a cidade economicamente como um todo, principalmente, mas não exclusivamente, com a geração de novos empregos (direitos e indiretos) e a ampliação da base tributária. Para tanto, seriam expropriadas diversas residências, além de duas empresas, distinguindo-se do caso «Berman vs. Parker», porque **estendia a possibilidade de expropriação com fins de desenvolvimento econômico a áreas urbanas não degradadas.**<sup>223</sup>

Ao contrário dos supracitados precedentes, resolvidos por unanimidade, a decisão de «Kelo vs. City of New London» foi por maioria apertada de votos (cinco a quatro). O voto vencedor, captaneado pelo Justice Stevens, amparou-se na doutrina avançada pela Supreme Court nos casos «Berman vs. Parker» e «Hawaii Housing Auth. vs. Midkiff», sentenciando que: (I) uma propriedade não pode ser condenada em benefício de entidades eminentemente privadas com base num **pretexto de interesse público**, mas isso estaria descartado em razão de o plano ter sido «cuidadosamente considerado» e «não ter sido adotado para beneficiar uma classe de indivíduos previamente identificável»; (II) **o Poder Legislativo goza de ampla margem de liberdade para determinar quais áreas constituem concretamente uma utilidade pública**, devendo o controle judicial ser condescendente com a opção legislativa, **mesmo a propriedade afetada não estando inserta em área de degradação**; e (III) o tribunal analisava somente os limites ao *ius expropriandi* em face da Constituição Federal, **podendo os estados estabelecer autonomamente critérios mais restritivos para as desapropriações em suas respectivas Constituições.**<sup>224</sup>

No direito brasileiro, a possibilidade de pessoas jurídica de direito privado serem beneficiárias da expropriação apenas é admitida quando são: (I) concessionárias de serviço público; (II) de caráter público; ou (III) delegatárias de função pública, de acordo com o ditame do art. 3º da LGD. No magistério de Bandeira de Mello, “[e]m princípio, as

---

<sup>222</sup> Kelo vs. City of New London, 545 U.S. 469 (2005).

<sup>223</sup> BYRNE, J. P. Op. cit., p. 147.

<sup>224</sup> HOTING, S. Op. cit., pp. 77-78.

desapropriações se fazem em favor das pessoas de direito público, ou de pessoas de direito privado delegadas ou concessionárias de serviço público. Cabe, ainda, em caráter excepcional, desapropriar em favor de pessoa de direito privado que não reúna tais caracteres, mas que desempenhe atividade considerada de interesse público. (...) **É certo, no entanto, que não se desapropria em favor de interesse privado.** Em suma: **o necessário é que a desapropriação seja feita em favor de um interesse público.**”<sup>225</sup>

A esse respeito, no julgamento do «RE nº 52.113/GB»<sup>226</sup>, o STF teve a ocasião, em ação ordinária de retrocessão, de apreciar a constitucionalidade do desvio da finalidade declarada no decreto expropriatório municipal. Ocorre que, de acordo com a DUP, o imóvel desapropriado deveria ser destinado "para a desobstrução da Av. Pedro Lessa, retificação da Av. Graça Aranha e construção de um grande jardim que iria compor o conjunto arquitetônico do antigo Ministério da Educação." Sem embargo, devido a impossibilidades práticas de urbanização decorrentes do arruamento local, alterou-se o plano original e projetou-se a construção de blocos de edifícios no local onde seria o jardim, doando-se o terreno à Fundação Getúlio Vargas, fundação de direito privado, para a construção de sua sede.

Criada pelo Governo Federal, restou indisputado nos autos que a fundação, ainda que de direito privado, era uma “instituição benemérita” a qual prestava “remarcados serviços ao país no campo do ensino e das pesquisas econômico-sociais”, exercendo um relevante interesse público e dele vivendo. Assim, por unanimidade, o STF afastou a hipótese de inconstitucionalidade da desapropriação, desprovendo o pedido de retrocessão, porque considerou que **a Constituição não exige o beneficiário da expropriação seja de natureza pública, mas sim que o bem tenha como destino uma causa de interesse público.**

Entretanto, como referimos *supra*, a obrigatoriedade de as entidades de direito privado serem concessionárias de serviço público, de caráter público ou delegatárias de função pública comporta três exceções. A primeira delas é a desapropriação por utilidade pública para a **construção ou ampliação de distritos industriais**, prevista no art. 5º, § 1º, da LGD. Segundo aquele comando normativo, “[a] construção ou ampliação de distritos

---

<sup>225</sup> Op. cit., 2009, p. 870.

<sup>226</sup> RE nº 52.113/GB (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 17 de dezembro de 1963. Rel. Min. Cândido Motta.



industriais, de que trata a alínea *i* do *caput* deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como **a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas**” – grifos nossos. Na hipótese, acreditamos que a **competência para expropriar é exclusiva dos municípios e do Distrito Federal**, pois a construção ou ampliação dos distritos industriais requer o loteamento do solo urbano, o que é da alçada municipal (e, conseqüentemente, do Distrito Federal), como prevê o art. 30, incisos I e VIII, da CRFB<sup>227</sup>. Contudo, a regra do art. 5º, § 2º, da LGD determina que a sua efetivação “depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação”, no caso, a Câmara Municipal ou a Câmara Legislativa.

Nesse sentido, no «RMS nº 18.703/BA»<sup>228</sup>, a 1ª Turma do STJ decidiu por maioria de votos (três a dois) que o Governador do Estado da Bahia era incompetente para expedir decreto expropriatório sobre a propriedade dos recorrentes com fins de construção e ampliação de distrito industrial. Sem embargo, a nosso ver, a questão mais relevante desse acórdão é o juízo acerca da compatibilidade do **decreto expropriatório para a implantação de «unidade» industrial – em benefício de uma única empresa privada** – com o fim de utilidade pública insculpido na LGD. Em voto incensurável, a Ministra Relatora considerou existir **vício de finalidade** que torna nulo o decreto, pois, citando José Afonso da Silva, distritos industriais devem ser entendidos como “a área de concentração de indústrias e atividades complementares delas, ordenada pelo Poder Público mediante plano urbanístico especial de urbanificação do solo, com possibilidade de desapropriação da gleba e revenda ou locação dos lotes aos estabelecimentos industriais interessados”. Essa modalidade expropriatória pressupõe «o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas», pelo que é incompatível com o ordenamento jurídico o decreto que destina o imóvel desapropriado a uma única empresa privada.

A segunda exceção, conhecida como **desapropriação por zona**, está plasmada no art. 4º da LGD, *in verbis*: “**A desapropriação poderá abranger** a área contígua necessária

---

<sup>227</sup> “Art. 30. Compete aos Municípios:  
I - legislar sobre assuntos de interesse local  
(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;”

<sup>228</sup> RMS nº 18.703/BA (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 29 de março de 2007. Rel. Min. Denise Arruda.

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 DUP deverá compreendê-las, mencionando-se quais as** indispensáveis à continuação da obra e **as que se destinam à revenda**” – grifos nossos. Esse permissivo legal apresenta-se nos problemático e será analisado minuciosamente por nós, logo mais, no capítulo sobre o postulado da proporcionalidade.

Em terceiro lugar, nos termos do art. 4º da LF nº 4.132/1962, “[o]s bens desapropriados serão objeto de venda ou locação, a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista.” Portanto, podemos entender que é lícita a venda ou locação da propriedade expropriada à **entidade de direito eminentemente privado**, desde que (I) seja uma desapropriação por causa de **interesse social**; e (II) essa entidade esteja **em condições de dar ao bem a destinação social prevista**. Aliás, a tese de inconstitucionalidade desse preceito fica prejudicada quando, ao encontro da doutrina exarada no mencionado acórdão sobre a Fundação Getúlio Vargas, entende-se que a Constituição não exige que os beneficiários sejam de natureza pública, antes que a *causa expropriandi* persiga o interesse público (interesse social), que, no caso, é obtido com a destinação social prevista.

Nesse diapasão, no «RE nº 76.296/RJ»<sup>229</sup>, o STF avaliou a constitucionalidade da declaração de «utilidade pública» para fins de desapropriação de um terreno de 3.050.000 metros quadrados pertencentes à Companhia Usina de Açúcar São João (B. Lysandro S.A.), no Município de Campos, emitida pelo Estado do Rio de Janeiro, com o propósito de implantar o distrito industrial daquele município, visando a seu desenvolvimento econômico. Ficou apurado nos autos que os terrenos seriam transmitidos à Companhia de Distritos Industriais (CODIN), sociedade de economia mista<sup>230</sup>, que promoveria a implantação e administração do distrito industrial de Campos e, posteriormente ao loteamento, a sua venda a empresários particulares.

---

<sup>229</sup> RE nº 76.296/RJ (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 18 de fevereiro de 1975. Rel. Min. Bilac Pinto.

<sup>230</sup> Considera-se «**sociedade de economia mista**», conforme o art. 5º, inciso III, do DL nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, na redação do DL nº 900, de 29 de setembro de 1969, “a entidade dotada de **personalidade jurídica de direito privado**, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”

Em seu voto – e somente naquilo que nos convém referir, pois que grande parte dele funda-se na Constituição de 1967<sup>231</sup>, vigente à época da edição do decreto expropriatório –, o ministro relator analisou de forma erudita as distinções existentes entre as **desapropriações de interesse social** e as de necessidade ou utilidade pública, tendo pontificado quanto às primeiras que o **art. 4º da LF nº 4.132/1962 “introduziu a mais relevante nota distintiva dessa modalidade de desapropriação, que era a autorização para venda ou locação dos bens desapropriados, a quem estivesse em condições de dar-lhes a destinação social prevista pelo Poder Público, no ato expropriatório”** – grifos nossos. Assim, sendo interdita a retransmissão do bem expropriado a pessoas jurídicas privadas que não desempenhem função de interesse público, nas desapropriações por necessidade ou utilidade pública, o STF julgou inconstitucional aquela expropriação por utilidade pública em decisão unânime.

A partir dessa linha de raciocínio, podemos assertar com segurança que também os casos de **expropriação-sanção** facultam que entidades eminentemente privadas figurem como beneficiárias da expropriação. Como vimos, tanto a desapropriação urbanística sancionatória quanto a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária têm como fundamento o **descumprimento da função social da propriedade** urbana ou rural, respectivamente. Sabendo-se que, nos termos do art. 1º da LF nº 4.132/1962, “[a] desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou **condicionar o seu uso ao bem estar social**, na forma do art. 147 da Constituição Federal”<sup>232</sup>, é inapelável o fato que toda expropriação-sanção traduz, por excelência, uma desapropriação por interesse social – grifos nossos. Logo, é possível reconduzir as expropriações-sanção ao art. 4º da LF nº 4.132/1962, sem perder de vista que o art. 8º, § 5º, do Estatuto da Cidade impõe a observância do devido processo licitatório à desapropriação urbanística sancionatória.

Para concluir, temos para nós que, ao elaborar a LGD, o espírito do legislador era o de vedar que expropriações por utilidade pública fossem realizadas em prol de entidades

---

<sup>231</sup> A título exemplificativo, uma razão sustentada para a declaração de inconstitucionalidade do decreto expropriatório é que o art. 157, §§ 1º (na redação do Ato Institucional nº 9, de 25 de abril de 1969) e 3º, da Constituição dispunha que a competência para a expropriação de propriedade territorial rural com base em interesse social era exclusiva da União. Hoje, no entanto, o caput do art. 184 da CRFB preceitua que apenas a desapropriação da propriedade rural por interesse social para fins de reforma agrária é exclusiva da União.

<sup>232</sup> Esse preceito legal remete ao art. 147 da Constituição de 1946.

eminentemente de direito privado, ressalvadas as hipóteses da construção ou ampliação de distritos industriais (art. 5º, § 1º) e da desapropriação por zona (art. 4º). Isso nos parece ainda mais evidente quando cotejamos essa norma com o diploma legal das desapropriações por interesse social, que, como sabemos, permite expressamente que entidades eminentemente privadas sejam beneficiárias da expropriação. Em tese, a única maneira de uma expropriação por utilidade pública a qual não se enquadre nas referidas exceções virem a beneficiar um privado seria mediante a promulgação de **lei especial** – como resulta, aliás, da alínea p) do art. 5º da LGD. Todavia, com amparo no art. 22, inciso II, da CRFB<sup>233</sup>, entendemos que essa é uma **competência legislativa privativa da União**, a menos que lei complementar autorize os Estados (e, conseqüentemente, o Distrito Federal) a legislar sobre essa matéria, com fulcro no parágrafo único desse mesmo artigo.

Aquele dispositivo legal (o art. 5º, alínea p), da LGD) merece o nosso aplauso, pois impede uma margem excessiva de discricionariedade da Administração Pública. Como se sabe, no regime presidencialista brasileiro, o Poder Executivo, seja qual for o seu nível (federal, estadual, distrital ou municipal), não se organiza em colegiado, sendo, ao revés, exercido pelo chefe mandatário (Presidente da República, Governador do Estado ou do Distrito Federal, ou Prefeito) com o apoio de seus auxiliares (Ministros e Secretários), segundo o art. 76 da CRFB. Desse modo, somente via lei específica de **iniciativa do Congresso Nacional** é possível beneficiar validamente entidades eminentemente privadas com a expropriação por utilidade pública sem pôr em causa a legitimidade democrática – garantida por intermédio da pluralidade de opiniões dos vários espectros políticos presentes nas deliberações parlamentares.

Em nossa opinião, e divergindo da excessiva deferência ao Poder Legislativo conferida pela Supreme Court, a sindicabilidade judicial da substância dos atos legislativos os quais viabilizem entidades eminentemente privadas como beneficiárias das desapropriações por utilidade pública é perfeitamente compatível com o princípio da separação de Poderes por uma série de razões. A uma, porque é ao Judiciário que compete fiscalizar se, sob o pretexto de um interesse público, o *jus expropriandi* não é cooptado por interesses exclusivamente privados, por meio de *lobbying* ou de práticas fisiológicas, com

---

<sup>233</sup> “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
(...)  
II - desapropriação;”

o propósito de viabilizar a aquisição da propriedade alheia mediante o pagamento do valor de mercado (justa indenização), em detrimento da via de direito privado, geralmente mais cara. A duas, porque cabe aos tribunais perquirir se os benefícios auferidos pelas entidades eminentemente privadas são apenas incidentais, pelo que são válidos, ou, ao contrário, se são principais ou superiores ao interesse público, situação em que devem ser declarados inválidos. E, a três, porque não basta que os interesses públicos declarados pelo Legislativo sejam «razoavelmente concebíveis», é preciso que a fundamentação do ato legislativo demonstre que eles são razoavelmente obteníveis. É dizer, podem os juízes invalidar as declarações cujos benefícios públicos sejam irrisórios ou manifestamente inatingíveis.

### 5.2.1.3.A retrocessão ou reversão

Sem sombra de dúvida o tema da retrocessão, também conhecida como reversão, é o maior pomo de discórdia da doutrina e da jurisprudência brasileiras no âmbito das desapropriações. Variados são os posicionamentos jurídicos que se apresentam, todos com amparo dogmático em juristas de grande envergadura e, bem assim, com respaldo dos tribunais, sendo, por essa razão, um assunto de alta complexidade o qual reclama uma análise cuidadosa. Em princípio, são quatro as correntes sobre a natureza da retrocessão, a saber: (I) a que advoga não subsistir retrocessão no direito brasileiro; (II) a que entende tratar de um direito pessoal ou obrigacional; (III) a que preconiza ser um direito real; e (IV) a que a concebe como um direito misto.

A primeira corrente defende que a retrocessão deixou de existir na ordem jurídica brasileira com a entrada em vigor da LGD, pois esse diploma não a contemplou em nenhum de seus dispositivos. Para os subscritores desse posicionamento, o direito de preempção ou preferência difere do direito de reversão, pelo que não mais se admite o direito subjetivo do ex-proprietário a reaver o bem expropriado ao qual não se haja dado um fim de utilidade pública, cabendo apenas o direito de prelação em nova aquisição.<sup>234</sup>

Em segundo lugar, existem os que concebem a retrocessão como um direito de **natureza pessoal**. Os defensores dessa linha de pensamento justificam seu ponto de vista invocando a exposição de motivos da LGD, que dispõe que “deixaram de ser regulados os institutos da requisição e da retrocessão, hoje erradamente assimilados ao de

---

<sup>234</sup> Cfr. RE nº 47.259/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 06 de dezembro de 1962. Rel. Min. Ribeiro da Costa.

desapropriação, os quais continuarão a reger-se pelo Código Civil”. Nesse diapasão, o arcabouço argumentativo para a tese da natureza pessoal do direito de reversão é a opção do legislador brasileiro em inseri-lo no capítulo «Do Contrato de Compra e Venda» do livro «Do Direito das Obrigações» do CC.<sup>235</sup>

Assim, conjugando o art. 519 do CC, que impõe a obrigação de o beneficiário da expropriação oferecer ao expropriado, para que recupere pelo preço atual, o bem o qual não haja sido aplicado num fim de utilidade pública, com a norma do direito de preferência legal com a regra do art. 35 da LGD, que veda a reivindicabilidade do bem incorporado à Fazenda Pública, os advogados dessa tese concluem pelo não cabimento ao ex-proprietário do direito de reaver o bem expropriado, assistindo-lhe apenas o direito pessoal a pleitear indenização por **perdas e danos**.<sup>236</sup>

Em terceiro lugar, encontramos aqueles que sustentam a retrocessão como um direito de **natureza real**. Essa corrente assevera que a utilidade pública é um pressuposto de legitimidade da expropriação, de sorte que somente assim é lícito ao poder público desapropriar determinado bem. Ademais, a reversão não foi banida do direito brasileiro com a promulgação da LGD, porque, para eles, ela é corolário da própria garantia constitucional do direito de propriedade. Logo, o descumprimento da finalidade pública da desapropriação teria como efeito não o direito pessoal indenizatório por perdas e danos, mas a reconstituição do *status quo ante*, noutras palavras, a **reincorporação do bem** ao patrimônio do expropriado.<sup>237</sup>

Finalmente, quem pensa o instituto da retrocessão como um direito de **natureza mista** entende que a não destinação do bem desapropriado a um fim de utilidade pública faculta ao expropriado exercer **alternativamente** o direito de reaver o bem (natureza real) ou o de pleitear perdas e danos se lhe for violado o direito de preferência (natureza pessoal).<sup>238</sup>

---

<sup>235</sup> Cfr., por todos, CARVALHO FILHO, J. dos S. Op. cit., p. 773.

<sup>236</sup> Cfr. RE nº 64.559/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 21 de maio de 1971. Rel. Min. Eloy da Rocha.

<sup>237</sup> Cfr., por todos, MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2009, pp. 886-897; e SALLES, J. C. de M. Op. cit., pp. 710-741.

<sup>238</sup> Cfr., por todos, DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*, 7ª ed., p. 154. *apud* MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2009, pp. 889-890; e RE nº 81.151/MG (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, de 25 de março de 1977. Rel. Min. Antonio Neder.

Estamos convencidos que a razão mora com a corrente defensora da natureza real.

*Primo*, a alegação de que o direito de retrocessão teria sido abolido da ordem jurídica brasileira com a promulgação da LGD não procede, pois, conforme expressamente prevê o art. 43 desse diploma, tão-só as disposições em contrário foram revogadas com a sua entrada em vigor. Assim sendo, em nossa opinião, continua vigendo o art. 2º, § 4º, da Dec. nº 1.021/1903<sup>239</sup>, pois a LGD é, no máximo, omissa quanto à matéria, nunca contrária. Aliás, nesse sentido, invoque-se a regra do art. 5º, § 3º, da LGD que, interpretada *a contrario sensu*, permite-nos chegar à conclusão que, ressalvado o caso de implantação de parcelamento popular, a tredestinação (ilícita) faz nascer o direito de retrocessão para o expropriado. Além disso, essa doutrina ignora que a verdadeira gênese da retrocessão é o direito constitucional de propriedade privada.

*Secundo*, não nos convence o argumento da inclusão da retrocessão no Livro das Obrigações como a prova cabal da natureza pessoal daquele direito. Discordamos dessa visão, porque retrocessão e direito de preempção ou preferência – ainda que recorrendo à dicotomia direito de preferência convencional e direito de preferência legal, pela qual essa última representaria a figura da retrocessão – são institutos que não se confundem, de sorte que consideramos incoerente essa associação.

Com efeito, o **direito de preferência convencional**, inserido no âmbito do Direito das Obrigações, é uma cláusula do contrato de compra e venda, portanto de **natureza privada**, pela qual o alienatário compromete-se, caso decida vender ou dar em pagamento a coisa dentro do prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, se bem móvel, ou 2 (dois) anos, se imóvel, a oferecê-la nas mesmas condições ao alienante para que esse exerça a sua prelação, em assim desejando (art. 513 do CC). Trata-se de uma obrigação com **efeitos ex nunc**, importando numa nova aquisição do bem; seu descumprimento é resolvido em perdas e danos.

Já o **direito de preferência legal**, previsto no art. 519 do CC, é a obrigação legal, de **natureza pública**, de o beneficiário da expropriação oferecer ao expropriado, para que

---

<sup>239</sup> “Art. 2º (...) § 4º. Se por qualquer motivo não forem levadas a efeito as obras para as quais foi decretada a desapropriação, é permitido ao proprietário **reaver o seu imóvel**, restituindo a importância recebida, indenizando as benfeitorias que porventura tenham sido feitas e aumentando o valor do prédio” – grifos nossos.

recupere pelo preço atual, o bem o qual não haja sido aplicado num fim de utilidade pública. Trata-se de uma obrigação com **efeitos ex tunc**, acarretando a reprivatização do bem ao estado de coisas anterior. Diferentemente da preempção convencional, a violação da preempção legal não é resolvida forçosamente em perdas e danos, sendo lícito ao expropriado optar pela reversão do bem a seu patrimônio. O que não se admite – como bem adverte Bandeira de Mello – é que o expropriado pleiteie ambos os direitos simultaneamente; ou bem se reclama a indenização ou bem se faz uso do direito de retrocessão.<sup>240</sup>

Isso posto, podemos estrear o direito de preferência legal da retrocessão (I) quanto à natureza jurídica; (II) quanto à iniciativa; e (III) quanto ao fundamento normativo. Quanto à **natureza jurídica**, cumpre-nos dizer que o direito de preferência, seja ele convencional ou legal, é sempre um direito pessoal, porque resulta de uma relação obrigacional entre as partes envolvidas; já a retrocessão tem natureza real, porque advém da relação do proprietário com o seu bem. A consequência disso é que o direito de preferência, por ser personalíssimo, é intransmissível aos herdeiros e inessível (art. 520 do CC), enquanto que a retrocessão sim, porque persegue o bem.<sup>241</sup>

Quanto à **iniciativa**, o direito de preferência legal tem origem num ato promovido pelo beneficiário da expropriação, qual seja a oferta do bem ao expropriado para que exerça, em assim desejando, o seu direito de prelação; já a retrocessão é um direito de iniciativa do expropriado exercido pela comunicação ao beneficiário da expropriação de seu interesse em recuperar o bem ao qual não foi destinada uma utilidade pública ou, mais comumente, por intermédio da ação judicial de retrocessão. Quanto ao **fundamento normativo**, a preempção legal tem consagração legal no art. 519 do CC; por outro lado, o fundamento da retrocessão independe de previsão legal expressa, já que nasce da própria Constituição. É o que veremos no ponto que se segue.

*Tertio*, a retrocessão decorre diretamente do direito fundamental de propriedade privada e representa tanto uma garantia do expropriado quanto um mecanismo de controle da discricionariedade administrativa. «Garantia» porque assegura que a propriedade só será desapropriada por causa de utilidade pública e «mecanismo de controle» porque impede

---

<sup>240</sup> Op. cit., 2009, p. 889.

<sup>241</sup> Agravo de Instrumento nº 26.619/SP (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, de 18 de outubro de 1962. Rel. Min. Gonçalves de Oliveira.



que o expropriante, a pretexto de um interesse público, adquira a propriedade do particular para retransmiti-la posteriormente a terceiro. Dizendo de outra maneira, a Constituição defende o direito de propriedade, mas permite a sua ablação, contanto que presente uma causa de utilidade pública, sendo a reversão do bem expropriado a sanção imposta ao promotor da expropriação pelo descumprimento desse pressuposto de legitimidade. Portanto, é de se inferir que a retrocessão prescinde de fundamentação legal expressa, pois seu sustentáculo jurídico pode ser extraído diretamente da Lei Maior.

Por esse motivo, se interpretado *ipsis litteris*, o art. 35 da LGD é claramente inconstitucional por violação da garantia fundamental de propriedade privada, amparada no art. 5º, incisos XXII e XXIV, da CRFB. Ao inviabilizar completamente o direito de retrocessão, esse dispositivo legal possibilita a subtração da propriedade do particular ao total arrepio dos pressupostos de legitimidade da expropriação.

Em nosso modo de ver, declarada a nulidade do processo de desapropriação ou, por extensão, reconhecida a «expropriação» indireta, somente seria constitucional afastar o direito de retrocessão do expropriado e resolver a questão em perdas e danos (danos emergentes, lucros cessantes e/ou danos morais) se (I) se estivesse perante uma causa de utilidade pública; e (II) a coisa também houvesse sofrido modificações substanciais (v.g., obras públicas em estágio avançado<sup>242</sup>) ou definitivas (v.g., demolição do bem). Disjuntivamente, também caberia a resolução em perdas e danos na circunstância de as acessões ou benfeitorias eventualmente realizadas no bem elevarem seu preço a um patamar tal que não seja viável ao expropriado proceder à restituição da indenização.

Ainda assim, achamos que incumbiria ao juiz da causa realizar a ponderação do interesse individual com o interesse da coletividade, sob pena de fazer *tabula rasa* das garantias constitucionais do particular nos processos de expropriação (em especial, a justa indenização e a retrocessão), além de conduzir à concepção liberal clássica, há muito superada, de monetarização do direito. Com efeito, nas hipóteses de resolução em perdas e danos mediante a aplicação do art. 35 da LGD, não há de se falar em expropriação, antes estaremos diante de fatos administrativos os quais devem ser indenizados ao lume da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

---

<sup>242</sup> Preferimos não falar em «princípio da intangibilidade das obras públicas», em síntese, pelas mesmas razões invocadas para rejeitar o «princípio da supremacia do interesse público».

*Quarto*, a corrente da natureza mista entende que a não destinação do bem desapropriado a um fim de utilidade pública faculta ao expropriado exercer alternativamente o direito de reaver o bem (natureza real) ou o de pleitear perdas e danos se lhe for violado o direito de preferência (natureza pessoal). De fato, caso o beneficiário da expropriação não cumpra a sua obrigação de oferecer o bem ao expropriado para que ele o recupere, esse goza dos direitos disjuntivos à resolução em perdas e danos ou à reincorporação do bem a seu patrimônio. Extrair daí que o direito de reversão é possui natureza mista (pessoal e real) constitui, *data maxima venia*, um equívoco, porquanto confunde as características inerentes a esse instituto com aquelas próprias do direito de preempção legal, sobre as quais já discorremos.

Chegando até aqui, já podemos elaborar uma definição conceitual para o instituto em comento.

**Retrocessão ou reversão** é o direito real de natureza pública com efeitos retroativos, decorrente da garantia fundamental de propriedade privada, que assiste ao expropriado de reaver o bem que lhe foi subtraído e incorporado ao patrimônio do beneficiário da desapropriação, mediante a restituição monetariamente corrigida da indenização recebida, acrescida do valor das eventuais acessões e benfeitorias e descontadas as deteriorações que hajam ocorrido, caso ele seja desviado da finalidade declarada no ato expropriatório para um fim incompatível com o interesse público (tredestinação ilícita); não seja utilizado em nenhum fim público (adestinação); ou cesse injustificadamente a finalidade pública à qual estava afetado (desafetação).

Alguns doutrinadores veem na retrocessão uma verdadeira **condição resolutiva** da expropriação. Decerto que não se trata da condição resolutiva do direito privado, pois essa é, nos termos do art. 121 do CC, uma cláusula do negócio jurídico, entendido como uma expressão da autonomia da vontade privada das partes com o intuito de criar, modificar ou extinguir direitos<sup>243</sup>. Contrariamente, lida-se aqui com uma condição resolutiva de **direito público**, imposta unilateralmente por força de lei, que vincula a manutenção da

---

<sup>243</sup> AMARAL, F. *Direito Civil - Introdução*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 361-364.

propriedade no patrimônio do beneficiário da expropriação ao cumprimento de uma finalidade de interesse público, sob pena de reprivatização ao *status quo ante*.<sup>244</sup>

No que tange ao *quantum* devido pelo expropriado como condição para o exercício da preempção legal, assevera o art. 519 do CC que ele deve seguir o «preço atual da coisa». Em nossa ótica, essa expressão jamais pode ser interpretada no sentido que o expropriário deve pagar o valor de mercado atualizado do bem, ao revés, cabe-lhe restituir monetariamente corrigida a indenização recebida.<sup>245</sup> As acessões e benfeitorias devem ser acrescidas e as deteriorações deduzidas do valor da restituição para evitar o enriquecimento sem causa de lado a lado, tendo como base o princípio da igualdade, enquanto que a correção monetária justifica-se, não somente pela proibição de enriquecimento sem causa, mas também por causa do fenômeno inflacionário. Esse mesmo raciocínio é perfeitamente aplicável ao valor da restituição a ser pago na ação de retrocessão.

Falando na ação de retrocessão, torna-se oportuno um comentário sobre o prazo para o exercício da pretensão nela formulada. Tendo ficado esclarecido que o instituto da reversão tem natureza real, o prazo prescricional que se lhe aplica não é o de três anos, da pretensão de reparação civil (ação pessoal), do art. 206, § 3º, inciso V, mas o prazo residual de **dez anos** (ação real) do art. 205. Sempre no mesmo tema, falta-nos esclarecer duas outras questões: (I) O período de que dispõe o beneficiário da desapropriação, após a transferência da titularidade do bem para o seu patrimônio, para realizar a afetação da propriedade, ou seja, o lapso temporal máximo antes da configuração da **adestinação**; e (II) o **prazo decadencial** do direito de retrocessão. Tanto num quanto noutro caso a legislação é omissa, o que gera grandes divergências interpretativas na doutrina e na jurisprudência.

No que concerne à primeira questão, existem duas correntes distintas. A primeira delas, amplamente majoritária, aduz que, ante a omissão legal sobre o assunto, “a simples demora na utilização do bem expropriado não gera direito à retrocessão”, na verdade, “o que seria necessário para o exercício do alegado direito (...) era a existência de ato inequívoco, por parte da Administração, demonstrando o propósito de abandonar o projeto

---

<sup>244</sup> Cfr., por todos, CORREIA, F. A. Op. cit., 2010a, p. 340; e AMARAL, R. Op. cit., p. 115.

<sup>245</sup> TJRJ. AC nº 21.419/2000 (2ª Câmara Cível). Julgamento em 30 de agosto de 2001. Rel. Des. Leila Mariano.

que provocou a desapropriação e de não substituí-lo por outro de igual interesse público, ao qual fosse também necessário o imóvel expropriado.”<sup>246</sup>

A segunda corrente propugna a aplicação analógica do prazo de caducidade de cinco anos da DUP previsto no art. 10 da LGD.<sup>247 - 248</sup> Apesar de exigir alguma dose de criatividade hermenêutica, essa solução jurídica é, para nós, a que se apresenta mais proporcional, porque ao mesmo tempo em que dá certa margem para o beneficiário da expropriação escolher quando iniciar o uso do bem expropriado, também impede a procrastinação abusiva e injustificada da afetação da coisa.

Moraes Salles filia-se, *de jure constituto*, à primeira corrente, no entanto observa (e bem) que a fixação de um prazo legal – para ele, deveria ser estipulado em cinco anos – para a utilização do bem seria um fator de dissuasão de expropriações temerárias, levadas prematuramente a cabo pelo Poder Público sem a necessária provisão de fundos para a execução dos fins de utilidade pública invocados no ato expropriatório.<sup>249 - 250</sup> Quanto a nós, reafirmamos nossa crítica ao excessivo prazo de caducidade da DUP e propomos a sua fixação em dois anos, contados a partir da data de transferência da titularidade.<sup>251</sup>

Uma crítica – assaz pertinente – da doutrina com relação a esse ponto é a suscetibilidade de o exercício do direito de reversão ser obstruído pelo expropriante por meio de nova DUP ou da renovação da declaração anterior, ainda que supervenientemente

---

<sup>246</sup> RE nº 52.418/GB (3ª Turma), in *Diário da Justiça*, de 09 de novembro de 1966. Rel. Min. Luiz Gallotti.

<sup>247</sup> FAGUNDES, M. S. *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 397 *apud* SALLES, J. C. de M. Op. cit., p. 725.

<sup>248</sup> TJRJ. AC nº 19.534/2001 (3ª Câmara Cível). Julgamento em 06 de agosto de 2002. Rel. Des. Werson Rêgo.

<sup>249</sup> Op. cit., p. 727.

<sup>250</sup> A título de comparação, esse é o prazo adotado pelo *Code de l'Expropriation*, in *verbis*:

“L12-6 – **Si les immeubles expropriés en application du présent code n'ont pas reçu dans le délai de cinq ans la destination prévue** ou ont cessé de recevoir cette destination, **les anciens propriétaires ou leurs ayants droit à titre universel peuvent en demander la rétrocession** pendant un délai de trente ans à compter de l'ordonnance d'expropriation, **à moins que ne soit requise une nouvelle déclaration d'utilité publique**” – grifos nossos.

<sup>251</sup> Valendo-nos novamente do direito comparado, a opção pelo prazo bienal encontra eco no ordenamento jurídico português, no art. 5º, nº 1, alínea a), do CE, senão vejamos:

“1 – Sem prejuízo do disposto no nº 4, **há direito de reversão**:

a) Se no prazo de dois anos, após a data de adjudicação, os bens expropriados não forem aplicados ao fim que determinou a expropriação;” – grifos nossos.

ao requerimento de retrocessão, o que praticamente a torna uma garantia de proteção do expropriado ineficaz.<sup>252</sup>

A respeito da última questão, tendo em vista a inexistência de estipulação normativa para o prazo decadencial do direito de retrocessão, o entendimento em vigor é o de que, uma vez seja afetado o bem expropriado, a cessação superveniente da finalidade pública **por esgotamento** não enseja a reversão, pois que o bem cumpriu o fim público ao qual fora destinado.<sup>253</sup> Estamos consortes com tal orientação, entretanto convém ressaltar que ela nada nos diz a propósito da desafetação **sem esgotamento** da finalidade pública da desapropriação.

Nesse último caso, a definição em lei de um prazo de decadência para o direito de retrocessão permitiria uma melhor conformação dos interesses envolvidos.<sup>254</sup> Do lado do expropriado, isso representaria um ganho no controle de necessidade das desapropriações, uma verdadeira expressão da vertente temporal do postulado da proporcionalidade, como veremos mais abaixo. Da parte do beneficiário da expropriação, seria um ganho em termos de segurança jurídica, porque impediria a perpetuação do direito repristinatório do antigo proprietário sobre o bem, desvinculando-o (o bem) do fim de utilidade pública sobre o qual se fundou a transferência de titularidade.

Um problema prático dá-se quando o expropriado é instado pelo beneficiário da expropriação a exercer o seu direito de preferência sobre um imóvel do qual era proprietário, mas rejeita-o ou queda-se inerte, decaindo de seu direito, e, em seguida, o bem é alienado a um terceiro de boa fé. Havendo ocorrido a perda do direito potestativo de

---

<sup>252</sup> Cfr. FONTANEAU, V. *Les différents status juridiques de l'occupant (ou du locataire) dans le droit de l'expropriation*. Mémoire pour le D.E.S.S. de Droit de l'urbanisme, de la construction et de l'aménagement. Faculté de Droit et de Science Politique D'Aix-Marseille, 1998, p. 22. Disponível em: <http://www.gridauh.fr/theses-et-memoires/theses-et-memoires-en-ligne/memoires-de-3eme-cycle/les-differents-statuts-juridiques-de-loccupant-ou-du-locataire-dans-le-droit-de-lexpropriation-1998/>. Acesso em: 24 fev. 2013.

<sup>253</sup> Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 112/31 apud SALLES, J. C. de M. Op. cit., p. 728.

<sup>254</sup> O prazo decadencial do direito de retrocessão no direito português é de vinte anos (art. 5º, nº 4, alínea a), do Código das Expropriações); e no direito francês é de trinta anos (art. L12-6 do *Code de l'Expropriation*). Diante da omissão legal, vislumbramos a aplicação analógica do prazo de quinze anos da usucapião extraordinária do art. 1.238 do CC, *in verbis*:

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

preempção legal por parte do expropriado, se esse vier a mudar de ideia e quiser reaver o bem, é possível interpretar que ocorreu renúncia tácita à retrocessão?

O art. 209 do CC responde expressamente que “[é] nula a renúncia à decadência fixada em lei.”, todavia o prazo de decadência quanto ao direito de reversão não tem previsão legal. Assim, entendemos que a rejeição ou inércia quanto ao uso do direito de preferência legal enseja a renúncia tácita do direito de retrocessão. Entretanto, vindo a ser positivado o período de caducidade da retrocessão, estaria vedada a sua renúncia, abrindo-se a contagem do prazo prescricional de dez anos da ação de retrocessão na data da comunicação ao expropriado para o exercício da preempção. Certamente não reputamos como medida de inteira justiça que, passados, digamos, nove anos do prazo prescricional, o terceiro de boa fé venha a sofrer evicção com fulcro no direito de retrocessão do expropriário, uma vez recusado o direito de preferência. Porém, vigorando a regra da irrenunciabilidade da decadência legal, não vemos outra conclusão possível...

O último ponto sobre o tema da retrocessão é a questão de saber se na retrocessão tem cabimento a cobrança do **Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos (ITBI)**, regulado no art. 35 e seguintes do CTN. Esse tema é demasiadamente controverso na jurisprudência do STF, oscilando conforme o entendimento dominante, no momento do julgamento, sobre a natureza jurídica do direito de retrocessão, existindo inúmeros arestos conflitantes entre si. Para quem entende a retrocessão como extinta ou como um direito de natureza pessoal, o imposto em tela é devido, pois a reversão do bem importa em nova transmissão da propriedade, que é o seu fato gerador.<sup>255</sup>

Para nós, sendo a reversão o direito de natureza real o qual assiste ao expropriado a reaver o bem que lhe foi subtraído, mas que não foi destinado a uma finalidade pública, não há de incidir o ITBI. Na retrocessão não ocorre uma reaqusição ou nova transmissão da propriedade ou de direitos a ela relativos, a bem da verdade, o que existe nesses casos é

---

<sup>255</sup> Nesse sentido, cfr. RE nº 49.422/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 18 de outubro de 1962. Rel. Min. Cunha Melo; RE nº 47.259/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 06 de dezembro de 1962. Rel. Min. Ribeiro da Costa.

a repristinação do bem expropriado ao *status quo ante*, não configurando, pois, o fato gerador do imposto.<sup>256</sup>

Tentando colmatar o grave dissídio presente em sua jurisprudência, o STF editou a Súmula nº 111, em 13 de dezembro de 1963, com o seguinte teor: “É legítima a incidência do imposto de transmissão ‘inter vivos’ sobre a restituição, ao antigo proprietário, de imóvel que deixou de servir a finalidade da sua desapropriação.” Sem embargo, quando se imaginava caminhar para a superação da controvérsia, a 2ª Turma daquele tribunal, no julgamento do «RE nº 57.246/SP»<sup>257</sup>, afastou por maioria de votos a aplicação da aludida súmula, sustentando que a reversão do bem ao patrimônio do antigo proprietário não viabiliza a cobrança do tributo. Por outro lado, no ano posterior ao desse aresto, a 3ª Turma decidiu, no «RE nº 55.633/SP»<sup>258</sup>, declarou cabível a incidência do ITBI com base na aplicação da Súmula nº 111, pelo que se mantém de pé a celeuma.

Sempre no assunto, havendo-nos posicionado pela não configuração do fato gerador do imposto de transmissão *inter vivos* na retrocessão, por se tratar de um direito de natureza real de reaver o bem, é preciso perquirir se, na preempção legal, que é direito de natureza pessoal, aplica-se o ITBI. Estamos seguros que não há de se falar em tributação por três razões, a saber: (I) Conforme expusemos, o direito de preferência legal, conquanto tenha natureza pessoal, consiste numa obrigação de direito público, imposta pela lei, com efeitos retro-operantes, é dizer, conduz à repristinação da propriedade ao *status quo ante*, e não a uma nova transmissão; (II) *ad argumentandum tantum*, ainda que não o fosse, fazer recair sobre a preempção legal um imposto o qual não incide sobre a retrocessão parece-nos injustificável ao lume do princípio da igualdade, haja vista que, guardadas as respectivas características, o fundamento jurídico do retorno do expropriado à condição de titular é o mesmo, a não destinação do bem a uma finalidade pública; e (III) no plano lógico-fático, a tributação sobre o exercício do direito de preferência legal levaria a que todos os expropriados rejeitassem-na, valendo-se da ação de retrocessão como medida de elisão fiscal.

---

<sup>256</sup> Nesse sentido, cfr. RE nº 42.271/SP (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 12 de novembro de 1959. Rel. Min. Cândido Motta; RE nº 43.622/SP (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 21 de janeiro de 1960. Rel. Min. Cândido Motta; RE nº 45.562/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 19 de outubro de 1961. Rel. Min. Lafayette de Andrada.

<sup>257</sup> RE nº 57.246/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 19 de abril de 1967. Rel. Min. Adalício Nogueira.

<sup>258</sup> RE nº 55.633/SP (3ª Turma), in *Diário da Justiça*, 10 de maio de 1967. Rel. Min. Prado Kelly.

### 5.2.2. O controle dos motivos determinantes

Como subespécie do último caso de abertura do recurso por excesso de poder, qual seja a violação da lei, o **controle dos motivos determinantes** do ato administrativo é uma modalidade de controle de **natureza objetiva** a qual recai sobre os **limites externos** da competência discricionária. **Motivo do ato** “é a demarcação dos **pressupostos fáticos** cuja ocorrência faz deflagrar *in concreto* a competência que o agente dispõe em abstrato” – grifos do original.<sup>259</sup> Dito de outra forma, o motivo é a situação jurídica abstratamente prevista em norma legal que, uma vez confirmada empiricamente, obriga ou faculta a prática de determinado(s) ato(s). Daí que a sua não confirmação empírica macula a justificativa do ato e perpetra uma violação da lei.

O Conseil d'État perquire as ilegalidades dos motivos do ato de três maneiras distintas: (I) **controle da exatidão material dos fatos** (*contrôle de l'exactitude matérielle des faits*); (II) **controle da qualificação jurídica dos fatos** (*contrôle de la qualification juridique des faits*); e (III) **controle da adequação dos motivos do ato a seu objeto** (*contrôle de l'opportunité*).<sup>260</sup>

No controle da exatidão material dos fatos, verifica-se se a hipótese abstratamente prescrita na norma é satisfeita dentro do caso concreto, isto é, procura-se saber se os fatos existiram ou não. Vale salientar que, constatada a inexatidão material dos fatos, existirá, em última análise, um vício de competência, pois o agente exercerá poderes nos quais não foi investido pela lei.<sup>261</sup> Com efeito, trata-se de um controle jurisdicional trivial, exercido pelo juiz em qualquer hipótese, e sua adoção não levanta grandes questionamentos.

O controle da qualificação jurídica dos fatos aparece, pela primeira vez, no *arrêt* «Gomel»<sup>262</sup>. Esse julgado sinalizou uma extensão paradigmática da jurisprudência do Conseil d'État no que atine ao alcance de sua competência revisional dos atos administrativos.

Nesse aresto, a autoridade administrativa negou permissão ao Sr. Gomel de realizar obras em seu imóvel situado na Place Beauvau, em Paris, sob o fundamento que o artigo

---

<sup>259</sup> MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2003, p. 86.

<sup>260</sup> LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.-C.; GAUDEMET, Y. Op. cit., p. 481.

<sup>261</sup> MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2003, p. 87.

<sup>262</sup> *Gomel*, 04 de abril de 1914.



118 da Lei de 31 de julho de 1911 conferia à Administração o poder de negar permissão de construir para a preservação espaços que caracterizassem uma «perspectiva monumental». No caso, a Administração considerou que a referida praça qualificava-se juridicamente como possuidora de tal perspectiva, devendo assim ser preservada.

A inovação contida nesse *landmark case* está no fato de o Conselho de Estado haver ido além da mera avaliação de materialidade dos fatos. Deveras, se, de um lado, o tribunal consignou que o permissivo legal invocado pela Administração realmente lhe atribuía a competência de negar permissão de construir, do outro lado, contudo, a qualificação jurídica conferida à Place Beauvau não correspondia à natureza dos fatos, pelo que a denegação da permissão não se justificava. Não é suficiente, pois, a correção jurídica da decisão em sentido abstrato, é preciso que os fatos em causa sejam «de natureza a» justificar a solução tomada pela Administração.

Cumprir-se atentar que, se no controle da exatidão material o órgão jurisdicional «sempre» confronta a correção da decisão administrativa com a realidade *in concreto*, no controle da qualificação jurídica tão-só «eventualmente», mais precisamente, diante de **erro manifesto** de apreciação dos motivos, a intervenção do juiz justifica-se, ou seja, o ato administrativo unicamente é invalidado em ocorrendo equívoco grosseiro ou flagrante.<sup>263</sup> Conquanto não seja denominado expressamente como «controle dos motivos determinantes», a fiscalização da qualificação jurídica dos motivos do ato administrativo no âmbito da competência discricionária da Administração foi consagrada na jurisprudência brasileira.

Nesse sentido, a título de exemplo, é pacífico no STJ que o princípio da separação de Poderes interdita ao Poder Judiciário, em matéria de concursos públicos, o exame dos critérios de formulação dos itens, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias de responsabilidade da banca examinadora, todavia admite-se, em caráter excepcional, a anulação de questões objetivas aplicadas no certame por razão de **flagrante ilegalidade** ou ausência de observância às regras previstas no edital, porque ofendem o princípio da legalidade.<sup>264</sup>

---

<sup>263</sup> LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.-C.; GAUDEMET, Y. Op. cit., pp. 483-485.

<sup>264</sup> AgRg no Ag no REsp nº 165.843/RJ (2ª Turma), in *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 de agosto de 2012. Rel. Min. Herman Benjamin.

Por último e de aplicação ainda mais restrita, o controle da adequação dos motivos do ato a seu objeto analisa se a decisão adotada é consentânea com os seus motivos. O alcance dessa técnica, raramente executada, cinge-se às situações as quais põem em causa as liberdades individuais (v.g., matérias de poder de polícia) e tem como escopo proteger os cidadãos contra medidas desproporcionais em relação aos fins que perseguem.<sup>265</sup>

O advento dessa técnica aponta para o *arrêt* «Ville Nouvelle Est»<sup>266</sup>, acórdão em que o Conseil d'État efetuou o **balanço de custo-benefício** (*bilan coût-avantage*) envolvido numa expropriação por utilidade pública. Tratou-se de recurso interposto pelo Ministro do Equipamento e da Habitação visando à cassação da decisão do Tribunal Administrativo de Lille a qual anulou por excesso de poder a DUP para a construção de um complexo universitário ao leste de Lille. O tribunal *a quo*, em suas razões, considerou que a demolição de centenas de habitações para a realização do projeto apresentava custos sobremaneira elevados, o que afastaria a natureza de utilidade pública invocada pelo decreto do Poder Executivo local.

O Conseil argumentou que uma operação não pode ser legalmente declarada de utilidade pública salvo se os atentados à propriedade, o custo financeiro e, eventualmente, os inconvenientes de ordem social que ela comporta não forem excessivos, tomando em consideração o interesse que ela apresenta. No caso em questão, o ordenamento territorial da zona abrangida pela DUP foi concebido de modo a permitir que os edifícios universitários não fossem separados dos setores reservados à habitação, sendo, para tanto, necessário demolir algumas propriedades residenciais. Definidas essas premissas e em especial atenção à importância do projeto como um todo, o Conselho de Estado entendeu pela não desnaturação do caráter de utilidade pública daquela expropriação, motivo por que anulou a decisão guerreada.

A partir de então, o Conselho abandonou a concepção abstrativista reinante em sua jurisprudência e passou a ponderar concretamente os motivos do ato com a decisão neles baseada. Embora estejamos de pleno acordo com o raciocínio jurídico vincado nesse aresto, não achamos que o balanço de custo-benefício seja efetivamente um caso particular

---

<sup>265</sup> LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.-C.; GAUDEMET, Y. Op. cit., p. 484.

<sup>266</sup> *Ville Nouvelle Est*, 28 de maio de 1971.

de controle dos motivos determinantes, ao revés, vislumbramos aí nada além do que a aplicação prática do **postulado da proporcionalidade**.

Se a abordagem jurisprudencial francesa parece bastante arrojada nessa seara, o mesmo não se pode sustentar em relação à atuação dos tribunais brasileiros. No Brasil, os juízes ainda são bastante temerosos e vacilantes no que pertine ao controle de proporcionalidade do mérito administrativo, em sede de direito urbanístico, ficando excessivamente adstritos ao princípio da separação de Poderes e ao princípio da legalidade.

Prossigamos.

### 5.2.3. O controle de proporcionalidade

Quer no direito privado quer no direito público, porque não é proprietário, o administrador não age movido pela autonomia da vontade; ao revés, desempenha função voltada à satisfação do interesse alheio. Por exemplo, sendo indubitoso que um administrador de empresa, um tutor ou um curador há de atuar sempre com diligência e probidade no cumprimento de suas funções, não é difícil concluir que a lei não lhe faculta empregar irrestritamente quaisquer soluções que lhe aprouver. O seu juízo de conveniência e oportunidade deve, portanto, mirar exclusivamente aquela solução a qual melhor resguarde o interesse do administrado. Justamente por isso o CC imputa-lhes responsabilidade com culpa pelos prejuízos que hajam causado com a má gestão.<sup>267</sup>

Essa mesmíssima lógica do direito privado pode ser perfeitamente transportada para o direito público. Igualmente ao administrador público aplica-se o dever de diligenciar com prudência e de atuar com probidade na gestão dos interesses da coletividade.

Esclareça-se que, quando se faz menção à busca pela **melhor solução ou solução ótima**, trata-se de figura de retórica, não se querendo afirmar de antemão que exista apenas uma única decisão possível de ser tomada. Com efeito, a «melhor solução» é uma ficção

---

<sup>267</sup> “Art. 667. **O mandatário é obrigado** a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e **a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa** sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

Art. 1.016. **Os administradores respondem** solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, **por culpa no desempenho de suas funções**.

Art. 1.752. **O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar** ao tutelado; mas tem direito a ser pago pelo que realmente despender no exercício da tutela, salvo no caso do art. 1.734, e a perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados” – grifos nossos.

jurídica que tão-somente se descortina após a escolha realizada pela Administração no caso concreto. O próprio conceito de mérito administrativo já pressupõe a existência de uma indeterminação estrutural da norma a qual confere relativa liberdade – justificada pela impossibilidade de antevisão legislativa do interesse público *in concreto* – à Administração para solucionar o caso particular.

Nada obstante, o mérito administrativo não é totalmente imune ao controle jurídico dos tribunais, pois, excepcionalmente, admite-se que o juízo de conveniência e oportunidade sobre o qual se funda a decisão administrativa possa ser fiscalizado pelos tribunais quando ocorrer erro manifesto de apreciação ou quando a solução adotada pela Administração apresentar-se desconforme com os postulados normativos, nomeadamente o postulado da proporcionalidade. Mesmo, então, não caberá falar em «melhor solução», porque a atuação do juiz limitar-se-á a infirmar a decisão que contrarie o direito, incumbindo ao administrador público encontrar uma nova solução entre as alternativas que remanesceram válidas.

Insta dizer que o fato de a lei prever medidas facultativas no comando das normas atribuidoras de competência discricionária não significa que ela considere todas as soluções sejam iguais e indiferentes, mas, sim, que algumas delas são adequadas para determinadas situações e outras delas adequadas para outras.<sup>268</sup>

Pode acontecer, ainda, de a discricionariedade presente no plano abstrato, ao ser confrontada com o caso prático, reduzir-se a zero, fenômeno designado pela doutrina alemã de *Ermessensreduzierung auf Null*, não cabendo senão uma única solução a se adotar.<sup>269</sup> Em tal hipótese, cremos não existir verdadeiramente uma competência discricionária, ao invés disso, porque não lhe é facultado agir diferentemente, a Administração tem diante de si uma competência vinculada.

A esse propósito, cite-se o *Recurso de Apelación* «STS nº 15.438/1991»<sup>270</sup>, julgado pelo Tribunal Supremo de Espanha, que foi interposto pelo candidato derrotado no certame licitatório promovido com vistas à construção de centros sociais na Plaza de la Remonta,

---

<sup>268</sup> MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2003, pp. 36-37.

<sup>269</sup> ENTERRÍA, E. G. de; FERNANDÉZ, T.-R. Op. cit., p. 484.

<sup>270</sup> *Recurso de Apelación*, STS nº 15.438, 11 de junho de 1991 *apud* ENTERRÍA, E. G. de; FERNANDÉZ, T.-R. Op. cit., p. 485.

em Madri. O apelante contestava a validade jurídica dos motivos determinantes do resultado do concurso, que só contou com dois participantes, porque a Administração optou pela oferta mais cara mesmo estando ambos os contendores em "igualdade de alto grau de capacitação, experiência e meios suficientes" para a realização das obras. Restando comprovada nos autos a igualdade material dos concorrentes, o tribunal anulou o ato administrativo por ofensa aos princípios da proibição do arbítrio e da boa administração e impôs a escolha da oferta mais barata, pois as alternativas ficaram reduzidas a uma.

No que tange ao controle do mérito administrativo pelo postulado da proporcionalidade, antes de mais, são necessárias três breves precisões teóricas. A primeira delas versa sobre a **tipologia das normas jurídicas**. De acordo com Humberto Ávila, as normas jurídicas dividem-se em: regras e princípios (normas de primeiro grau); e postulados normativos (normas de segundo grau).

Enquanto que as **regras** são normas comportamentais que impõem a obrigação, permissão ou proibição de determinada conduta, devendo ser cumpridas de modo integral ou excepcionadas diante de uma regra antinômica; os **princípios** são normas finalísticas que estipulam um estado de coisas a ser promovido, sendo cumpridas em diversos graus. São chamados de **normas de primeiro grau**, porque eles próprios são o objeto da aplicação do direito, implicando-se reciprocamente, e têm como destinatários o Poder Público e os cidadãos.

Já os **postulados normativos** são normas metódicas que instituem os critérios de aplicação das normas objeto da aplicação do direito, ou seja, estruturam a aplicação das normas de primeiro grau. São chamados de **normas de segundo grau ou metanormas**, porque não se conflitam com regras ou princípios, estando noutra nível (metanível), e têm como destinatário o intérprete e aplicador do direito.<sup>271-272</sup>

Por consequência, a segunda nota tem a ver com a **classificação normativa da proporcionalidade**. É bastante comum encontrá-la, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, qualificada como uma norma jurídica de natureza principiológica.<sup>273</sup>

---

<sup>271</sup> ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 124-125.

<sup>272</sup> Diversamente, adotando uma tipologia dualista de normas jurídicas (regras e princípios), cfr., por todos, CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., pp. 1159 e ss.

<sup>273</sup> Cfr., por todos, CORREIA, F. A. Op. cit., 2010a, pp. 194-202.

Todavia, se se adotar a concepção de princípio que vimos de expor, qual seja de norma jurídica que estabelece um dever-ser ideal a ser desempenhado de modo gradual, facilmente se percebe que a proporcionalidade não é descritível como tal.

Acontece que a proporcionalidade não propõe um estado de coisas a ser alcançado, ao contrário, traça um método para a aplicação válida de regras e princípios jurídicos; não é, tampouco, realizada em diversos graus, antes se imprime sempre com a mesma intensidade na aplicação do direito; e, por fim, a proporcionalidade não entra em conflito com outras normas, ao revés, ela é uma metanorma, localizada noutro nível. Logo, enquanto postulado normativo, o **postulado da proporcionalidade** é um critério direcionado ao trabalho do hermenauta das normas de primeiro grau, que permite identificar a violação das normas que estrutura. Assim, não se pode afirmar, senão reflexamente, que uma expropriação, por exemplo, viola o postulado da proporcionalidade. Com efeito, o que é verdadeiramente violado são as regras ou os princípios estruturados por ela, quando incorretamente aplicados.<sup>274</sup>

Analisemos o já mencionado exemplo do arrêt «Ville Nouvelle Est». Naquele caso, realizando um controle de proporcionalidade, o Conseil d'État declarou a validade das operações urbanísticas pretendidas pelo Ministério do Equipamento e da Habitação. Por essa razão, anulou a decisão recorrida que declarara que as expropriações acessórias do plano não constituíam uma causa de utilidade pública. Como se observa, o exame de proporcionalidade foi o método empregado pelo intérprete da norma (o Conseil d'État) para avaliar se a competência discricionária da Administração fez a correta aplicação do direito. Não há de se falar naquele caso, como não se o fez, em violação do balanço custo-benefício (proporcionalidade em sentido estrito) ou da proporcionalidade, senão em ofensa ao princípio da utilidade pública, que, em última instância, representa uma violação do direito fundamental de propriedade privada. A indevida tomada em consideração da proporcionalidade é denunciante da infração, mas não a constitui *per se*.

O terceiro e último comentário diz respeito à inclusão do «princípio» da proporcionalidade como um **pressuposto de legitimidade das expropriações**. Não discordamos, absolutamente, que uma expropriação para ser reputada como legítima há de observar o dever de proporcionalidade e, nessa medida, é incensurável a doutrina que a

---

<sup>274</sup> ÁVILA, H. Op. cit., 2009, p. 136.

compreende como um pressuposto de legitimidade. Sem embargo, porque entendemos a proporcionalidade como um postulado normativo, defendemos que a sua natureza jurídica de metanorma estruturante do direito tem aplicabilidade geral e inescusável, pelo que não vemos sentido prático em particularizá-la como uma especificidade das expropriações. Dizendo de outra maneira, não é apenas no domínio das desapropriações que a proporcionalidade adquire *status* de pressuposto de legitimidade, com efeito, toda e qualquer manifestação jurídica desproporcional é forçosamente ilegítima.

Feitas tais precisões, cumpre-nos avançar agora sobre o seu sentido e alcance.

O postulado da proporcionalidade pode ser descrito como uma metanorma que estrutura a aplicação de duas ou mais regras e/ou princípios jurídicos insertos numa relação de meio e fim, arvorada em três critérios, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

#### **5.2.3.1. Adequação**

Pelo critério de adequação o intérprete investiga se uma medida do Poder Público é idônea para promover o fim que declara perseguir. A dificuldade com esse parâmetro é precisamente definir o significado de «adequado», pois, como é sabido, a eficácia do meio varia em função da quantidade, da qualidade ou da probabilidade de promoção do fim. Porque o princípio da separação de Poderes impede que o juiz substitua a sua decisão à da Administração, desde que uma medida promova minimamente determinado fim, não compete ao Judiciário anulá-la. Somente a **manifesta ineficácia do meio** admite a intervenção do controle judicial.<sup>275</sup>

Assim, por exemplo, se a Administração, entre as alternativas que se lhe apresentam possíveis, opta por aquela que entende melhor promover em termos quantitativos o resultado pretendido, é vedado aos tribunais invalidá-la em prol, digamos, daquela que melhor realize o fim em termos qualitativos.

Conforme Gomes Canotilho, o controle de adequação dos atos administrativos apresenta-se menos problemático do que o dos atos legislativos, porque esses últimos

---

<sup>275</sup> ÁVILA, H. Op. cit., 2009, pp. 167-172.

gozam de uma maior liberdade de conformação.<sup>276</sup> Como vimos em «Hawaii Housing Auth. vs. Midkiff», essa é também a posição dominante nos Estados Unidos, onde prepondera a deferência às deliberações legislativas sempre que a utilidade pública da expropriação for «razoavelmente concebível», não competindo aos órgãos judicantes deliberar acerca da «probabilidade de êxito» das metas traçadas.

Por essa razão, cremos que a taxatividade das hipóteses de utilidade pública no direito brasileiro é um fator de esvaziamento do controle de adequação da *causa expropriandi*, uma vez que a definição da utilidade pública é uma simples atividade de subsunção legal.

Passemos adiante.

### 5.2.3.2.Necessidade

O critério de necessidade avalia se existe **meio alternativo** ao empregado o qual seja **igualmente eficaz** e que cause a **menor restrição possível** para promover a finalidade intencionada. Em primeiro lugar, verifica-se a existência de caminho diverso capaz de obter o mesmo resultado para, só então, analisar o seu grau de onerosidade. A complexidade deste exame mora nas situações em que um meio é mais eficaz, porém mais gravoso e a alternativa é menos eficaz, mas menos restritiva para a consecução do fim. Nessa circunstância, vale a mesma inteligência do controle de adequação: o princípio da separação de Poderes limita o espaço de intervenção jurisdicional, permitindo ao juiz substituir uma medida por outra somente se a alternativa for manifestamente mais necessária.

No âmbito das expropriações, esse parâmetro pressupõe que a ablação do direito de propriedade somente deve ser empreendida contra o particular em *ultima ratio*, noutras palavras, como a última medida interventiva viável, quando já não se encontrarem alternativas igualmente idôneas para a concretização da utilidade pública.

Segundo Alves Correia, o critério de necessidade apresenta três vertentes ou desdobramentos no âmbito das desapropriações, senão vejamos: a vertente temporal, a

---

<sup>276</sup> Op. cit., p. 270.



vertente modal e a vertente territorial.<sup>277</sup> Seguindo a ordem de enunciação, a **vertente temporal** pressupõe que a utilidade pública a qual legitima certa expropriação há de existir no «momento concreto» de sua declaração pelo expropriante. Essa limitação visa a garantir a proteção do direito de propriedade privada contra investidas de cariz especulatório, fazendo com que a DUP seja emitida tão-só quando for efetivamente impreterível a ablação do bem patrimonial do particular. Isso não põe em causa a possibilidade de o beneficiário da desapropriação diferir a concretização total da utilidade pública dentro do estrito limiar legal.

Essa vertente está parcialmente contemplada no art. 10 da LGD e no art. 3º da LF nº 4.132/1962 quando estipulam o prazo de caducidade de cinco e de dois anos, respectivamente. Nesses comandos normativos, o legislador consagra o termo para o período suspeito, que é, como vimos, o lapso temporal em que o direito de propriedade privada do expropriado fica sob a «espada» da utilidade pública. Lamentavelmente, e por isso o «parcialmente contemplada», a lei brasileira não positivou o direito de retrocessão e com isso se deixou de explicitar as duas outras expressões temporais do critério de necessidade sobre os quais tivemos ocasião de referir no tópico sobre o direito de reversão.

Consoante o exposto, o entendimento dogmático predominante no Brasil é o de que, na ausência de previsão expressa de um prazo legal, “a simples demora na utilização do bem expropriado não gera direito à retrocessão”, pois “o que seria necessário para o exercício do alegado direito (...) era a existência de ato inequívoco, por parte da Administração, demonstrando o propósito de abandonar o projeto que provocou a desapropriação e de não substituí-lo por outro de igual interesse público, ao qual fosse também necessário o imóvel expropriado.” Não concordamos absolutamente com essa posição sobre a **adestinação**, pois a sua admissão seria totalmente inconciliável com a vertente temporal do parâmetro de necessidade do postulado da proporcionalidade. Por esse motivo, perfilhamos, *de lege lata*, a corrente da aplicação analógica do prazo quinquenal do art. 10 da LGD e acolhemos, *de lege ferenda*, a adoção do prazo bienal do art. 3º da LF nº 4.132/1962.

O último desdobramento da vertente temporal é desvelado na **desafetação** dos bens expropriados, que pode acontecer de duas formas. Por um lado, quando a desafetação

---

<sup>277</sup> CORREIA, F. A. Op. cit., 2010a, pp. 197-199.

ocorre por esgotamento da utilidade pública, o entendimento prevalecente é o de que é incabível a reversão do bem, e com ele estamos consortes. Por outro lado, quando a desdestinação tem lugar **sem esgotamento da utilidade pública** a não fixação do **prazo decadencial** do direito de retrocessão obsta a incidência do postulado da proporcionalidade. Ao lume de tais considerações, exortamos a aplicação analógica do prazo de quinze anos da usucapião extraordinária do art. 1.238 do CC, bem como a sua positivação na LGD, também com o mesmo tempo.<sup>278</sup>

A **vertente modal** traz consigo uma concepção multinível do direito de propriedade, é dizer, a propriedade pode ser representada em diversos graus ou camadas. Sendo assim, uma desapropriação total do direito de propriedade privada somente será havida como proporcional se ela não puder com a mesma eficácia promover a utilidade pública que ela visa a atender. Desde que seja viável o cumprimento do fim público pretendido mediante a **constituição de um direito real limitado** torna-se ilegítimo expropriar o direito de propriedade em sua integralidade, por força da **obrigação da menor intervenção possível**. Essa é a interpretação mais correta a ser feita do art. 40 da LGD, nos termos do qual “[o] expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei.”

Tanto a vertente modal é uma expressão do dever de impor a menor intervenção que existem servidões que nem mesmo são seguidas de indenização, por não acarretarem prejuízos na esfera patrimonial do particular. Nessa esteira, decidiu a 1ª Turma do STJ que uma servidão administrativa para a passagem subterrânea de uma rede de esgoto não impede a utilização normal da propriedade, respeitados os limites legais, ainda mais se construída dentro de área não edificável, razão pela qual não é devida qualquer indenização.<sup>279</sup>

A **vertente territorial**, também pautada na lógica da **menor restrição possível** na esfera de direitos do particular, compele o expropriante a declarar de utilidade pública

---

<sup>278</sup> Nesse sentido, para além de todos os fundamentos já invocados contra a constitucionalidade do art. 35 da LGD, seja acrescentado que ele é incompatível e torna inviável a aplicação da vertente temporal do critério de necessidade do postulado da proporcionalidade.

<sup>279</sup> AgRg no AgRg em AI nº 1.362.894/MG (1ª Turma), in *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 de outubro de 2011. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

apenas a fração do imóvel a qual seja verdadeiramente essencial para a realização do fim da desapropriação.

Essa ideia está vinculada na LGD, posto que muito especificamente, em seu art. 2º, inciso I, nos termos do qual “[a] desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo **só se tornará necessária**, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo” – grifos nossos. Ainda que a referência seja exclusivamente relativa à «desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo», não vislumbramos nenhum óbice real à extensão dessa interpretação a outros casos.

De modo igual, a norma do art. 4º da LGD, que prevê a **desapropriação de área contígua**, permite que a DUP contemple os terrenos adjacentes à obra principal quando «necessários» ao desenvolvimento dela. Assim, terminada a construção primacial, sendo constatada a indispensabilidade das áreas contíguas para a complementação dos trabalhos, pode o promotor da expropriação desapropriá-las. Trata-se, como se vê, de mais uma manifestação especial da vertente territorial do critério de necessidade do postulado da proporcionalidade.

Nada obstante, o mesmo preceito legal que dispõe sobre a desapropriação de área contígua, prevê a supracitada figura da **desapropriação por zona**, conhecida como «*excess condemnation*» no direito estadunidense. Segundo esse instituto jurídico, “a desapropriação poderá abranger (...) as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço”, desde que estejam compreendidas na DUP, previamente à realização das obras, como destinadas à revenda. Portanto, cuida-se de medida especulatória para amortizar as grandes despesas de capital empenhadas na execução de obras públicas, assim como garantir o cumprimento do **princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização**.

A nosso ver, a desapropriação por zona é inconstitucional por desatender o critério de necessidade, já que a CRFB<sup>280</sup> e o CTN<sup>281</sup> estipulam meio alternativo igualmente (se

---

<sup>280</sup> “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.”

<sup>281</sup> “Art. 81. **A contribuição de melhoria** cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, **é instituída para fazer face ao custo de obras**

não mais) eficaz para alcançar o fim desejado e incomparavelmente menos gravoso, qual seja a **contribuição de melhoria**. Ora, se a norma em questão inobserva o dever de ocasionar a menor onerosidade possível, conclui-se que está eivada de inconstitucionalidade por violação desproporcional do direito fundamental de propriedade (art. 5º, inciso XXII, da CRFB).<sup>282</sup>

Um último aspecto digno de referência é o **direito de extensão**. Plasmada no art. 4º da LC nº 76, de 6 de julho de 1993, que dispõe sobre o procedimento sumário da desapropriação para fins de reforma agrária, essa garantia confere ao expropriado o direito de requerer, na contestação, que a **desapropriação intentada parcialmente contra seu imóvel seja estendida à totalidade do terreno** quando a área remanescente ficar: (I) reduzida à superfície inferior à da pequena propriedade rural; ou (II) prejudicada substancialmente em suas condições de exploração econômica, caso seja o seu valor inferior ao da parte desapropriada. Esse diploma legal versa sobre a desapropriação para fins de reforma agrária, todavia não vislumbramos qualquer antinomia que inviabilize a aplicação analógica desse preceito às demais modalidades expropriatórias. Como se observa, o direito de extensão é o polo simétrico da vertente territorial do critério necessidade do postulado da proporcionalidade.

### 5.2.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Quando se assevera que a atuação dos tribunais nos exames de adequação e de necessidade restringe-se à verificação de erro manifesto, isso não se deve exclusivamente ao papel do princípio da separação de Poderes. Acontece que o postulado da proporcionalidade é um critério normativo que orienta «progressivamente» a aplicação de regras e princípios jurídicos. Em primeiro lugar, avalia-se a adequação de um meio para atingir um fim; em seguida, reconhecida a idoneidade do meio, investiga-se se existem alternativas igualmente eficazes e menos restritivas para o expropriado; e, por derradeiro, no critério de **proporcionalidade em sentido estrito**, cotejam-se as vantagens obtidas com

---

**públicas de que decorra valorização imobiliária**, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado” – grifos nossos.

<sup>282</sup> No mesmo sentido, cfr. MELLO, C. A. B. de. Op. cit., 2009, pp. 881-882. Sem defender expressamente a inconstitucionalidade do preceito legal em questão, mas asseverando a maior eficácia e a menor onerosidade da contribuição de melhoria, cfr. SALLES, J. C. de M. Op. cit., p. 151.

as desvantagens impostas para saber se a relação custo-benefício é favorável ou desfavorável, proporcional ou desproporcional.

Essa triagem gradual exercida pelo postulado da proporcionalidade reduz ao máximo a subjetividade do controle judicial, pois somente superados os exames de adequação e de necessidade é que se passa ao último exame, qual seja o da proporcionalidade em sentido estrito. Por isso o intérprete atém-se aos equívocos flagrantes nas duas primeiras etapas e relega o sopesamento das medidas diferentemente mais adequadas (quantitativa, qualitativa ou probabilisticamente) ou das soluções realmente mais necessárias (mais eficaz, porém mais gravosa; ou menos eficaz, mas menos restritiva) para a fase final.

Sem embargo, não se conclua que o campo de atuação dos órgãos judicantes no critério de proporcionalidade em sentido estrito está à mercê do «decisionismo» do magistrado, pois se assim o fosse, substituir-se-ia o arbítrio de um Poder por outro. Propomos dois parâmetros não exaurientes os quais se prestam a controlar essa subjetividade do julgador no exame de proporcionalidade em sentido estrito das expropriações por utilidade pública.

O primeiro parâmetro é do **destinatário principal dos benefícios da expropriação**, intimamente ligado à teoria do **desvio de poder subjetivo**, nos moldes acima conceituados por nós. Segundo esse método, na apreciação das vantagens e desvantagens de uma expropriação por utilidade pública, o juiz há de investigar a quem se destinam os principais benefícios. Se uma desapropriação tem como principal beneficiária a coletividade como um todo, ainda que incidentalmente favoreça determinados indivíduos a mais que outros, ela respeita a proporcionalidade em sentido estrito. Por outro lado, se uma expropriação tem como principais beneficiários certos particulares e somente incidentalmente favorece a coletividade como um todo, ela não sobrevive ao crivo do exame de proporcionalidade em sentido estrito. Nessa última situação, a inobservância do postulado da proporcionalidade tem como resultado a violação dos princípios da Administração Pública, designadamente o **princípio da moralidade** (art. 37, *caput*, da CRFB).

Caso prático de atuação desse parâmetro é o controle da construção de estádios de para grandes eventos esportivos. Ainda que o art. 5º, alínea n), da LGD enquadre essas obras como uma utilidade pública, a verdade é que muitos desses investimentos não visam ao benefício principal da população como um todo, mas, sim, ao favorecimento de empresas do setor privado e acabam deixando um legado de elevadíssimo custo de manutenção. Quer porque são edificadas em cidades que não possuem equipes de grande relevância, quer porque o esporte para cuja prática o estádio foi idealizado não goza de popularidade local ou quer por outros motivos, exemplos de fracassos são vários e todos poderiam ter sido evitados com um controle da proporcionalidade em sentido estrito (v.g., Estádio de Leiria (Euro 2004); Estádio Olímpico de Pequim (Jogos Olímpicos de 2008); Estádio da Cidade do Cabo (Copa do Mundo de 2010); Estádio de Manaus (Copa do Mundo de 2014)).

O segundo parâmetro é o dos **benefícios públicos irrisórios ou implausíveis**. Pode acontecer de uma expropriação por utilidade passar pelos testes de adequação e de necessidade, mas, no teste de proporcionalidade em sentido estrito, as vantagens obtidas pela expropriação são inferiores às desvantagens causadas (não necessariamente apenas ao particular). Vejamos um exemplo.

Por meio de seus órgãos técnicos, a União descobre que certo terreno rústico pertencente a um particular possui jazidas minerais e, com fundamento no art. 5º, alínea f), da LGD, resolve expropriá-lo para fazer o seu aproveitamento industrial. Entretanto o expropriado comprova, com base em perícia, que as jazidas minerais possuem potencial irrisório, sendo um investimento completamente implausível e um prejuízo injustificável ao erário público. Ademais, trata-se de bem de família, usado com fins residenciais, há quatro gerações, e que, pois, reveste-se de enorme valor afetivo para o expropriado. Nesse diapasão as vantagens obtidas pela desapropriação serão de tal maneira inferiores às desvantagens impostas que não podem ser havidas como proporcionais em sentido estrito, sob pena de violação dos princípios da Administração Pública, nomeadamente o **princípio da eficiência** (art. 37, *caput*, CRFB).

## CONCLUSÃO

Vimos que as expropriações podem ser legitimamente empreendidas mediante causas de: (I) **necessidade pública**, relacionadas com situações prementes; (II) **utilidade pública**, geralmente, mas não só, ligadas a obras públicas; ou (III) **interesse social**. Enfim, hoje, quando se fala em expropriação por utilidade pública, não obrigatoriamente quer-se referir exclusivamente as utilidades públicas em sentido estrito, senão a quaisquer causas que possam ser caracterizadas como de interesse público.

Também se constatou que o conceito constitucional de propriedade para fins expropriatórios é diverso daquele constante do Código Civil; é dizer, não é apenas a propriedade imobiliária ou os direitos reais a ela inerentes que podem hodiernamente ser objeto da desapropriação, mas, sim, todo e qualquer bem, móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo, desde que dotado de valor patrimonial.

No Brasil, logo após garantir o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII), mas vinculado a sua função social (art. 5º, inciso XXIII), a Constituição determina, ressalvadas as exceções que ela mesma prevê, que, por causa de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, pode-se desapropriar, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, nos termos que a lei estabelecer (art. 5º, inciso XXIV). Os diplomas legais que regulamentam esse dispositivo são o DL nº 3.365, de 21 de junho de 1941, também chamado de Lei Geral das Desapropriações, no caso das expropriações por causa de necessidade ou utilidade pública; e a LF nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, para as causas de interesse social.

Conceituamos desapropriação, então, como a supressão de uma posição jurídica de direito privado dotada de valor patrimonial a qual a Constituição garante como um direito de propriedade, seguida da transferência de sua titularidade a um ou mais sujeitos beneficiários, por uma causa declarada de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, mediante justa indenização. Essa concepção justifica-se à medida que a subtração seguida da transferência do bem particular para um beneficiário público não é mera questão formal, mas a marca distintiva do instituto da expropriação em relação às demais hipóteses de atos lícitos os quais ensejam a responsabilidade indenizatória do Estado.

Por esta razão rejeitamos o conceito substancial da «expropriação de sacrifício». Embora não neguemos a possibilidade de ocorrência de danos, prejuízos ou encargos substancialmente expropriatórios, isso não importa em assumir que traduzam verdadeiras desapropriações. A «expropriação» de sacrifício desatende aos pressupostos de legitimidade, pois não segue o procedimento formal prescrito em lei (princípio da legalidade), não é precedida de DUP (princípio da utilidade pública) e não tem na justa indenização uma condição para seu exercício, mas uma mera consequência.

Dentro de uma perspectiva de dignidade humana, compreendemos que a noção de causa de utilidade pública não deve conduzir à falsa ideia de que os interesses coletivos estão forçosamente situados em nível hierarquicamente superior ao dos interesses privados. Assim sendo, a determinação do que constitui o interesse público em concreto há de ser uma decisão pública desverticalizada, que se aproxime dos cidadãos e consulte suas opiniões, por meio de inquéritos públicos, por exemplo, talqualmente se faz no direito francês.

Portanto, é fundamental a reformulação legal do procedimento expropriatório, de modo a condicionar a validade da DUP à audiência prévia do expropriado e dos demais interessados. Na sequência das manifestações dos interessados sobre o mérito e a legalidade da desapropriação, que haveria de ocorrer dentro de um prazo razoável, o expropriante ficaria obrigado a motivar fundamentadamente a DUP, sem olvidar de se pronunciar acerca dos argumentos invocados pelos participantes.

A propriedade possui uma expressão simultaneamente econômica e outra social. Assim, a doutrina fala de uma dupla função da propriedade: uma função pessoal e privada, evidenciada na liberdade econômica de seu titular; e uma função social e pública, que, sem desconsiderar a discricionariedade do proprietário, orienta-a ao bem comum. Porém, a função social não é um elemento exterior ao direito de propriedade privada; ela é, ao contrário, uma componente inseparável e densificadora de seus contornos, impondo ao proprietário obrigações negativas, obrigações positivas e obrigações modais. Logo, a regra é sua insujeição a qualquer dever indenizatório.

O sentido de justa indenização pressupõe que o particular deve ser compensado integralmente pelo prejuízo incorrido com a expropriação, de modo que fique em condições de adquirir, se assim desejar, um bem semelhante ao que lhe foi retirado (teoria da substituição). Para ser justa, a recomposição precisa ser exata, não podendo ficar nem



aquém nem além do desfalque suportado pelo expropriado. Se é certo que a expropriação não deve ser causa de empobrecimento, é igualmente correto que ela não deve ser fonte de locupletamento. Esse conceito carrega consigo três ideias: (I) a proibição de indenizações irrisórias ou simbólicas; (II) o respeito ao princípio da igualdade perante os encargos públicos; e (III) a consideração do interesse público da expropriação.

A justa indenização alcança, portanto, (I) os danos emergentes, que é o somatório do dano principal (valor de mercado da propriedade) com os danos subsequentes ou derivados (patrimoniais ou extrapatrimoniais) por efeito direto e imediato da expropriação os quais excedem o dano principal; (II) os lucros cessantes, aquilo que efetivamente se deixou de lucrar de forma direta e imediata por causa da expropriação; e (III) os danos futuros previsíveis, que são os prejuízos que o sujeito do direito ofendido ainda não sofreu no momento temporal que é considerado, mas cuja ocorrência pode ser antevista por meio de prognósticos.

O Brasil acolheu o modelo de jurisdição una, pelo que toda lesão ou ameaça de lesão a direito é apreciada pelo Poder Judiciário, inexistindo um contencioso administrativo. De acordo com a sistemática imposta pela LGD, “[a]o Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública” (art. 9º) e “[a] contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta” (art. 20º).

Isso quer dizer que a atuação judicial em matéria de desapropriação não se cinge aos vícios do processo judicial ou do *quantum* indenizatório. O que a lei determina é que, quando as matérias suscitadas forem outras, o meio processual idôneo é a ação direta, em processo autônomo. Daí nossa divisão do controle judicial das expropriações em: (I) controle constricto ou não substancial; e (II) controle autônomo ou substancial.

No controle constricto ou não substancial, realizado na própria ação de desapropriação, são analisadas as questões que envolvem a legitimidade para expropriar, o conteúdo, o objeto e a caducidade da DUP, assim como o valor da indenização ofertada na inicial. Já o controle autônomo ou substancial, empreendido por via de ação direta, na linha

do recurso por excesso de poder do Conseil d'État, fiscaliza os limites internos e externos da discricionabilidade administrativa, mais especificamente a DUP.

Como limite interno, ou seja, a avaliação da efetiva margem de liberdade da Administração, encontramos o controle do desvio de poder, que é quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência, mas em vista de um fim diverso daquele para o qual o ato poderia ser legalmente cumprido. Como limites externos, de natureza eminentemente objetiva, temos os controles de competência e de forma e, bem assim, dos motivos determinantes, que controla (I) a exatidão material dos fatos, (II) a qualificação jurídica dos fatos; e (III) a adequação dos motivos do ato a seu objeto. E, finalmente, ainda dentro do controle dos limites internos, existe o controle de proporcionalidade, que refaz a relação de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das DUPs.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AMARAL, Rui. A reversão de bens expropriados, in *Revista do CEDOUA*, nº 13, 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 140, nº 3969. Coimbra: Coimbra, 2011.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 11. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRANDÃO, Rodrigo. Entre a anarquia e o estado do bem-estar social: aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional, in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, ano 4, nº 14. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BYRNE, J. Peter. Condemnation of low income residential communities under the takings clause, in *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, nº 23, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado, in *Revista da EMERJ*, vol. 14, n° 55, Rio de Janeiro, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CORREIA, Fernando Alves. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Separata do volume XXIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito do Urbanismo, vol. I*. Coimbra: Almedina, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito do Urbanismo, vol. II*. Coimbra: Almedina, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito do Urbanismo, vol. III*. Coimbra: Almedina, 2010.
- \_\_\_\_\_. A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 140, n° 3966. Coimbra: Coimbra, 2011.
- \_\_\_\_\_. Anotação ao Acórdão do 2º Juízo do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), de 18 de outubro de 2012, Processo n° 01597/06, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141, n° 3977. Coimbra: Coimbra, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DALTON, Taylor Reeves. Rights for the landless: Comparing approaches to historical injustice in Brazil and South Africa, in *Columbia Human Rights Law Review*, n° 44, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa, in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n° 9, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2013.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, 11ª ed. Madri: Civitas, 2002.

- \_\_\_\_\_. *Curso de Derecho Administrativo II*, 8ª ed. Madri: Civitas, 2002.
- FONTANEAU, Virginie. *Les différents status juridiques de l'occupant (ou du locataire) dans le droit de l'expropriation*. Mémoire pour le D.E.S.S. de Droit de l'urbanisme, de la construction et de l'aménagement. Faculté de Droit et de Science Politique D'Aix-Marseille, 1998. Disponível em: <http://www.gridauh.fr/theses-et-memoires/theses-et-memoires-en-ligne/memoires-de-3eme-cycle/les-differents-statuts-juridiques-de-loccupant-ou-du-locataire-dans-le-droit-de-lexpropriation-1998/>. Acesso em: 24 fev. 2013.
- FULLILOVE, Mindy Thompson. Psychiatric Implications of Displacement: Contributions from the Psychology of Place, in *The American Journal of Psychiatry*, nº 153:12, 1996.
- \_\_\_\_\_. Root Shock: The Consequences of African American Dispossession, in *Journal of Urban Health: Bulletin of the New York Academy of Medicine*, vol. 78, nº 1, 2001.
- GELDER, Jean-Louis Van. Tales of deviance and control: on space, rules and law in squatter settlements, in *Law and Society Review*, nº 44, 2010.
- GOMES, Carla Amado. *A evolução do conceito de soberania: tendências recentes*. Lisboa: [s.n.], 1998.
- GONZALEZ, Carmen G. Squatters, pirates and entrepreneurs: Is informality the solution to the urban housing crisis?, in *University of Miami Inter-American Law Review*, nº 40, 2009.
- HOTING, Shaun. The Kelo Revolution, in *University of Detroit Mercy Law Review*, nº 86, 2009.
- JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*, 2006. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2013.
- JUSTO, António dos Santos. *Direitos reais*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

- LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*, vol. I, 12<sup>a</sup> ed. Paris: L.G.D.J., 1992.
- LEFEBVRE, Henri. *Le droit à la ville*, 2<sup>a</sup> ed. Paris: Anthropos, 1968.
- MARTIN, John C. Bringing dead capital to life: International mandates for land titling in Brazil, in *Boston College Law School*, n<sup>o</sup> 31, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Discricionabilidade e controle jurisdicional*, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MIRANDA, Daniel Augusto Teixeira de. Contencioso administrativo x jurisdição una, in *Revista dos Estudantes de Direito da UnB, Brasília*, n<sup>o</sup> 6, 2011. Disponível em: <http://www.red.unb.br/index.php/redunb/article/view/2911/2515>. Acesso em: 30 mai. 2013.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O domínio público – o critério e o regime jurídico da dominialidade*. Coimbra: Almedina, 2005.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- PINDELL, Ngai. Finding a right to the city: Exploring property and community in Brazil and in the United States, in *Vanderbilt University Law School*, n<sup>o</sup> 39, 2006.
- PRITCHETT, Wendell E. The “public menace” of blight: Urban renewal and the private uses of eminent domain, in *Yale Law and Policy Review*, n<sup>o</sup> 21, 2003.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo, in *Revista de Direito Administrativo*, n<sup>o</sup> 6, Rio de Janeiro: FGV, 1946.
- \_\_\_\_\_. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo, in *Revista de Direito Administrativo*, n<sup>o</sup> 7, Rio de Janeiro: FGV, 1947.
- ROCHA, Oswaldo Porto. *A era das demolições: cidade do Rio de Janeiro: 1870 - 1920*;  
AQUINO, Lia. *Contribuição ao estudo das habitações populares: Rio de Janeiro*

1866 - 1906, in *Coleção Biblioteca Carioca, v. 1, Série Publicação Científica*. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Dep. Geral de Doc. e Inf. Cultural, Divisão de Editoração, 1995.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Controle judicial das decisões do CADE, in *Revista do IBRAC, vol. 12, nº 6*, 2005.

TOURINHO, Rita. O desvio de finalidade na ação expropriatória: interpretação sistemática do Decreto-Lei nº 3.365/1941, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 8*, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-8-OUTUBRO-2006-RITA%20TOURINHO.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2013.

VALLA, Victor Vincent. *Educação e favela*. Petrópolis: Vozes, 1986.

## JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 445.843/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 de novembro de 2004. Rel. Min. Eliana Calmon.

\_\_\_\_\_. Recurso no Mandado de Segurança nº 18.703/BA (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 29 de março de 2007. Rel. Min. Denise Arruda.

\_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.362.894/MG (1ª Turma), in *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 de outubro de 2011. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 1.005.734/RS (1ª Turma), in *Diário da Justiça Eletrônico*, 05 de março de 2012. Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

\_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 165.843/RJ (2ª Turma), in *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 de agosto de 2012. Rel. Min. Herman Benjamin.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 35.977/SP (1ª Turma), in *RTJ* 5/238. Rel. Min. Luiz Gallotti.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 42.271/SP (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 12 de novembro de 1959. Rel. Min. Cândido Motta.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 43.622/SP (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 21 de janeiro de 1960. Rel. Min. Cândido Motta.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 29.293/MG (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 19 de janeiro de 1961. Rel. Min. Afrânio Costa.

\_\_\_\_\_. Recurso no Mandado de Segurança nº 7.846/PE (Plenário) nº *Diário da Justiça*, 27 de abril de 1961. Rel. Min. Ribeiro da Costa.

\_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento nº 24.805/MG (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 28 de setembro de 1961. Rel. Min. Villas Bôas.



- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 45.562/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 19 de outubro de 1961. Rel. Min. Lafayette de Andrada;
- \_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento nº 26.619/SP (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 18 de outubro de 1962. Rel. Min. Gonçalves de Oliveira.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 49.422/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 18 de outubro de 1962. Rel. Min. Cunha Melo.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 47.259/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 06 de dezembro de 1962. Rel. Min. Ribeiro da Costa.
- \_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento nº 26.947/MG (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 14 de novembro de 1963. Rel. Min. Hahnemann Guimarães.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 52.113/GB (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 17 de dezembro de 1963. Rel. Min. Cândido Motta.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 52.418/GB (3ª Turma), in *Diário da Justiça*, 09 de novembro de 1966. Rel. Min. Luiz Gallotti.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 57.246/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 19 de abril de 1967. Rel. Min. Adalício Nogueira.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 55.633/SP (3ª Turma), in *Diário da Justiça*, 10 de maio de 1967. Rel. Min. Prado Kelly.
- \_\_\_\_\_. Agravo de Instrumento nº 44.298/SC (1ª Turma), in *RTJ* 48/377. Rel. Min. Victor Nunes Leal.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 64.559/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 21 de maio de 1971. Rel. Min. Eloy da Rocha.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 76.864/GB (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 22 de novembro de 1974. Rel. Min. Aliomar Baleeiro.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 78.229/GB (Plenário), in *Diário da Justiça*, 06 de dezembro de 1974. Rel. Min. Rodrigues Alckmin.

- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 76.296/RJ (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 18 de fevereiro de 1975. Rel. Min. Bilac Pinto.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 81.151/MG (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 25 de março de 1977. Rel. Min. Antonio Neder.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 81.603/MT (Plenário), in *Diário da Justiça*, 01 de julho de 1977. Rel. Min. Cordeiro Guerra.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 89.211/PR (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 24 de novembro de 1978. Rel. Min. Djaci Falcão.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 86.046/SP (Plenário), in *Diário da Justiça*, 23 de novembro de 1979. Rel. Min. Décio Miranda.
- \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança nº 21.348/MS (Plenário), in *Diário da Justiça*, 08 de outubro de 1993. Rel. Min. Celso de Mello.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 123.192-1/PR (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 17 de junho de 1994. Rel. Min. Marco Aurélio.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 140.436-1/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 06 de agosto de 1999. Rel. Min. Carlos Velloso.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 178.836-4/SP (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 20 de agosto de 1999. Rel. Min. Carlos Velloso.
- \_\_\_\_\_. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332-2/DF (Plenário), in *Diário da Justiça*, 02 de abril de 2004. Rel. Min. Moreira Alves.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 169.628-1/DF (2ª Turma), in *Diário da Justiça*, 19 de abril de 2002. Rel. Min. Maurício Corrêa.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 348.769-8/PR (1ª Turma), in *Diário da Justiça*, 19 de maio de 2006. Rel. Min. Sepúlveda Pertence.
- \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 543.974/MG (Plenário), in *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 de maio de 2009. Rel. Min. Eros Grau.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança nº 598.099/MS (Plenário), in *Diário da Justiça Eletrônico*, 03 de outubro de 2011. Rel. Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 21.419/2000 (2ª Câmara Cível). Julgamento em 30 de agosto de 2001. Rel. Des. Leila Mariano.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível nº 19.534/2001 (3ª Câmara Cível). Julgamento em 06 de agosto de 2002. Rel. Des. Werson Rêgo.

ESPAÑA. Tribunal Supremo de España. Recurso de Apelación, *STS nº 15.438*, 11 de junho de 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Missouri Pacific Railway vs. Nebraska, *164 U.S. 403*, 30 de novembro de 1896.

\_\_\_\_\_. Berman vs. Parker, *348 U.S. 26*, 22 de novembro de 1954.

\_\_\_\_\_. Hawaii Housing Auth. vs. Midkiff, *467 U.S. 229*, 30 de maio de 1984.

\_\_\_\_\_. Kelo vs. City of New London, *545 U.S. 469*, 23 de junho de 2005.

FRANÇA. Conseil d'État. *Lesbats*, 25 de fevereiro de 1864.

\_\_\_\_\_. *Gomel*, 04 de abril de 1914.

\_\_\_\_\_. *Ville Nouvelle Est*, 28 de maio de 1971.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista, *Processo nº 084734*, 11 de outubro de 1994. Rel. Sousa Inês.

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS EXPROPRIAÇÕES.....	4
2. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	7
2.1. ENQUADRAMENTO NORMATIVO DO INSTITUTO DA EXPROPRIAÇÃO NO BRASIL.....	7
2.2. O CONCEITO DE EXPROPRIAÇÃO.....	13
2.3. O OBJETO DA EXPROPRIAÇÃO.....	19
2.4. OS SUJEITOS DA EXPROPRIAÇÃO.....	21
2.5. PRESSUPOSTOS DE LEGITIMIDADE DA EXPROPRIAÇÃO.....	24
2.5.1. <i>Princípio da legalidade</i> .....	24
2.5.2. <i>Princípio da utilidade pública</i> .....	25
2.5.3. <i>Princípio da justa indenização</i> .....	27
3. A UTILIDADE PÚBLICA.....	29
4. A JUSTA INDENIZAÇÃO.....	35
4.1. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	35
4.2. O SENTIDO DE JUSTA INDENIZAÇÃO.....	46
4.3. O ALCANCE DA JUSTA INDENIZAÇÃO.....	51
5. CONTROLE JUDICIAL DAS EXPROPRIAÇÕES.....	66
5.1. CONTROLE JUDICIAL CONSTRITO OU NÃO SUBSTANCIAL.....	75
5.1.1. <i>Da legitimidade para expropriar</i> .....	75
5.1.2. <i>Do conteúdo da declaração de utilidade pública</i> .....	76
5.1.3. <i>Do objeto da declaração de utilidade pública</i> .....	77
5.1.4. <i>Da caducidade da declaração de utilidade pública</i> .....	78
5.1.5. <i>Do valor da indenização</i> .....	80
5.2. CONTROLE JUDICIAL AUTÔNOMO OU SUBSTANCIAL.....	92
5.2.1. <i>O desvio de poder</i> .....	94
5.2.1.1. A tredestinação lícita.....	97
5.2.1.2. A tredestinação ilícita.....	98
5.2.1.3. A retrocessão ou reversão.....	110
5.2.2. <i>O controle dos motivos determinantes</i> .....	121
5.2.3. <i>O controle de proporcionalidade</i> .....	124
5.2.3.1. Adequação.....	128
5.2.3.2. Necessidade.....	129
5.2.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito.....	133
CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	140
JURISPRUDÊNCIAS.....	145