



EDUARDO RIBEIRO ALVES DE MORAES SARMENTO

A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA VIDA ADMINISTRATIVA: UM NOVO OLHAR SOBRE A DESAPROPRIAÇÃO NO BRASIL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito do Ordenamento, Urbanismo e do Ambiente.

Junho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

EDUARDO RIBEIRO ALVES DE MORAES SARMENTO

**A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA VIDA ADMINISTRATIVA: UM NOVO
OLHAR SOBRE A DESAPROPRIAÇÃO NO BRASIL**

New procedures of administrative life: a new look at expropriation in Brazil

*Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na área
de especialização em Ciências Jurídico-
Políticas (Menção em Direito do
Ordenamento, Urbanismo e do Ambiente).*

Orientador: Dr. Fernando Alves Correia
Coimbra, 2018

AGRADECIMENTOS

A todos na vida são reservados momentos de intempérie, dificuldades que se dispõem, inesperadamente, à frente de nossos olhos. Caberá aqui, a cada um de nós, uma escolha: sucumbir ou resistir. Por me considerar um afortunado - longe de qualquer prepotência - lanço-me em aventuras pelo prazer da emoção, como uma criança que ainda desconhece os perigos desse mundo. Confesso que a ideia de sucumbir nunca me encheu os olhos, mas também confesso que a força para tanto não nasce somente em mim. Por isso, cabe-me agora, após não tão longos dois anos, reconhecer, na figura de outros, a energia e a confiança que me permitiram seguir na caminhada do Mestrado.

Início com a própria Universidade de Coimbra e seus docentes, especialmente o Dr. Fernando Alves Correia, por carregarem consigo a leveza e a sabedoria dos grandes, sempre conscientes que a perpetuação somente é permitida àqueles que sabem se reinventar.

Agradeço aos meus grandes amigos Ítalo, Gabriele e Beatriz, por terem demonstrado que nossa amizade não teve seu fim na Rua Moncorvo Filho, mas sim no coração. Aos Doutores da Nacional, por tornarem mais leve até as discussões sobre o nosso falecido futebol carioca. Os chopes de quarta não podem acabar.

Agradeço aos meus verdadeiros irmãos, Gabriel, Guilherme, Bernardo, Rafael, Seabra e Breno, por formarem o mais curioso e excêntrico grupo com o qual já tive contato; nele não há espaço para a tristeza.

Aos meus avôs, avós, tios e primos, por serem o alicerce e razão daquilo que mais amo neste mundo: minha família.

Finalmente, ao Seu zé e à Dona Dani, pai e mãe, pessoas que conseguem transmitir conforto e amor até mesmo quando o filho se encontra separado por um vasto e belo oceano. Resisto e sou feliz não só por mim, mas por ter a certeza que cada um de vocês reside e resistem em mim também.

RESUMO

A desapropriação é uma das mais vigorosas intervenções da Administração Pública sobre a vida do particular, porquanto o sujeita a um ato de imperativa disposição de um direito fundamental, que é a propriedade. Neste sentir, espera-se da legislação expropriatória um devido respeito ao caráter fundamental concedido à propriedade, de modo que a sua perda seja realizada mediante ampla reparação dos danos ocasionados pela aplicação do instituto. Acontece, todavia, que o Decreto-lei n. 3.365 de 1941 - Lei de Desapropriação brasileira - caminha no sentido oposto, fiel a um ideal de sobreposição do interesse público sobre o privado, a delimitar um modelo procedimental da expropriação altamente arbitrário e favorável tão somente aos interesses do Poder Público. É por isso que, apresentada a problemática, iniciaremos um aprofundado estudo dos porquês da adoção deste modelo expropriatório e de suas consequências práticas, para que, após, possamos nos aprofundar sobre aquilo que se almeja de um novo modelo da desapropriação, sobretudo após os movimentos de constitucionalização do Direito e de procedimentalização da vida administrativa.

Palavras-chave: Desapropriação. Constitucionalização do Direito. Procedimentalização administrativa.

ABSTRACT

The expropriation is one of the most vigorous interventions of the Public Administration on the life of the individuals, since it subjects them to an act of imperative disposition of a fundamental right, that is property. In this sense, it is expected from the expropriatory legislation a due respect to the fundamental character granted to the property, so that its loss is realized by means of ample reparation of the damages that are invariably caused. It happens, however, that Decree-Law no. 3.365 of 1941 - Brazilian Expropriation Law - moves in the opposite direction, faithful to an ideal of overlapping the public interest over the private, to delimit a procedural model of expropriation highly arbitrary and favorable only to the interests of the Public Power. That is why, once the problem is presented, we will begin a thorough study of the reasons for adopting this expropriation model and its practical consequences, so that afterwards we can delve deeper into what is the desired new model of expropriation, especially after the new models of constitutionalism and the new procedures expected to the administrative life.

Key Words: Expropriation. New constitutionalism. New procedures of administrative life.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO NO TEMPO E SUA FUNÇÃO SOCIAL.....	11
1.1. A desapropriação na Roma Antiga.....	12
1.2. Da Idade média aos Estados Absolutistas e Liberais	15
1.3. A evolução da desapropriação no Brasil	18
1.3.1. O Decreto-lei nº 3.365 de 1941 no contexto do Estado Novo.....	21
1.3.2. A desapropriação por interesse social – limitações à propriedade	24
1.4. A interpretação político-institucional da desapropriação no Brasil.....	26
2. ANÁLISE CONCEITUAL DA DESAPROPRIAÇÃO – MUTAÇÕES LEGAIS E PRETORIANAS DO INSTITUTO	28
2.1. Os fundamentos da desapropriação no ordenamento nacional.....	29
2.2. Os elementos da desapropriação.....	31
2.3. A realidade de uma lei ineficaz – mutações impostas à LGD	33
2.3.1. A deficiente previsão administrativa do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941 ...	34
2.3.2. A arcaica imissão provisória na posse e suas mutações pretorianas	36
2.3.3. Os juros aplicáveis à justa indenização	43
2.3.4. O pagamento da justa e prévia indenização via precatório judicial	47
2.4. Síntese da falência da Lei Geral de Desapropriação – uma lei que fomenta a insegurança jurídica nos expropriados e que clama por renovação.....	53
3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O NOVO ATUAR ADMINISTRATIVO.....	56
3.1. Um breve histórico da constitucionalização do Direito e dos seus efeitos.	57
3.2. Os reflexos da constitucionalização do direito na vida administrativa	61
3.3. A procedimentalização no seio administrativo.....	67
3.4. Notas sobre a consensualidade no processo administrativo	75
3.5. A necessária ressignificação da desapropriação no Brasil	79
4. PROPOSIÇÕES PARA UM NOVO MODELO PROCEDIMENTAL ADMINISTRATIVO DA DESAPROPRIAÇÃO	83
4.1. A valorização da eficiência administrativa (<i>consensualidade</i>)	89
4.2. O respeito ao justo procedimento administrativo e seus efeitos.....	98
4.3. A busca pela “justa e prévia indenização”	104

4.4. Considerações finais	108
5. CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

ABREVIATURAS:

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AGU – Advocacia Geral da União

AI – Agravo de Instrumento

Ag.Rg. – Agravo Regimental

CE – Código das Expropriações de Portugal ou Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique

CF- Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJ ou DJe – Diário da Justiça ou Diário da Justiça eletrônico

DUP – Declaração de utilidade pública

EC – Emenda Constitucional

EIA – Estudo de Impacto Ambiental

IFC – Corporação Financeira Internacional (sigla em inglês)

IPCA-E - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial

LEF - Ley de expropiación forzosa (Espanha)

LGD – Lei Geral de Desapropriação (Brasil)

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RIMA – Relatório de Impacto Ambiental

RTJ – Revista do Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

“Digo: o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”.¹

INTRODUÇÃO

A desapropriação ou expropriação é, como regra geral, uma das maiores imposições das vontades estatais suportada pelos administrados. Neste jogo de interesses, o fiel da balança irá atuar em consonância com uma pré-ponderação constitucional de superioridade do interesse público para o fim específico do decreto expropriatório, desde que, obviamente, sejam seguidos os preceitos da legalidade e constitucionalidade descritos pelo ordenamento jurídico de cada Estado.²

Isto não implica dizer, no entanto, que o instituto deva ser visto com olhares de temeridade por aquela parte que venha a ser detentora do objeto de desejo estatal, e, muito menos, que a prática da desapropriação, por si só, constitua um mal praticado pelo Poder Público àqueles que a ela se sujeitam³. Sem o instrumento, lembremo-nos, jamais se poderia cogitar a realização dos serviços e deveres impostos aos Estados a partir da guinada liberal para a já não tão nova lógica social⁴, cujos efeitos ainda são fortemente sentidos tanto no cenário português quanto no cenário brasileiro, no século XXI.

¹ Célebre frase do romancista Graciliano Ramos.

² Veja-se, por exemplo, os dizeres de Roberto GAROFOLI e Giulia FERRARI sobre a expropriação: “Si tratta della limitazione più incisiva del diritto di proprietà del privato e, al contempo, della manifestazione più evidente della soggezione di quest’ultimo al potere di sovranità dello Stato, dovendo l’interesse individuale sottostante al diritto di proprietà recedere in favore dell’interesse pubblico generale al trasferimento coattivo del suolo per il perseguimento dell’utilità sociale”. FERRARI, Giulia; GAROFOLI, Roberto. *Manuale di Diritto Amministrativo*. V Edizione. Roma. Nel Diritto Editore. 2012. p. 1217.

³ O que pode soar peculiar ao jurista português, já afastado da antiga visão do Estado como inimigo, ainda assenta profundas raízes sobre os juristas e cidadãos brasileiros, que se veem comumente forçados a enxergar as vontades dos entes públicos em contrariedade aos reais desejos da nação. Esta ideia será melhor elaborada ao longo do estudo.

⁴ Para uma interessante e breve análise da lógica do constitucionalismo social, ver: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum. 2016. pp, 82-86. Conforme ressaltam os autores: “No novo cenário, o Estado incorpora funções ligadas à prestação de serviços públicos. No plano teórico, a sua atuação passa a ser justificada também pela necessidade de promoção da igualdade material, por meio de políticas públicas redistributivas e do fornecimento de prestações materiais para as camadas mais pobres da sociedade, em áreas como saúde, educação e previdência social”. Basta, para tanto, verificar o disposto na Carta Constitucional brasileira em seus artigos 3º e 6º - que tratam dos objetivos sociais -, bem como os artigos 64º e 65º da Carta Constitucional portuguesa, cujos termos bem delimitam o papel social do Estado como provedor de saúde e habitação.

Nesse sentido, dada a importância deste instrumento colocado às mãos dos gestores públicos, nos parece mais válido um estudo sobre o aprimoramento dos métodos e procedimentos de inserção deste mecanismo na vida do particular, do que a pesquisa em si do que vem a ser tal prática, mesmo porque sobre este tema já se é discutido à exaustão. Parece-nos legítimo acreditar – e é isso que buscaremos defender ao longo do trabalho – que o instrumento da desapropriação, quando acompanhado de predicados procedimentais constitucional e legalmente estabelecidos, poderia passar a ser visto não mais com olhares de temeridade, mas sim dentro de uma perspectiva de equiparação e respeito aos interesses em oposição.⁵

A bem da verdade, a existência de uma prática nociva ao particular não deve significar, obrigatoriamente, a impossibilidade de minoração dos danos, quanto mais quando se está diante de um Estado Democrático de Direito, cujos princípios da juridicidade e da proporcionalidade encontram realçada inserção nas atuações administrativas. A problemática encontra, assim, como um de seus pontos fulcrais, a forma como é procedimentalizada a desapropriação no cenário brasileiro, que até os dias atuais, em virtude da sua lei de regência – Decreto Lei nº 3.365/41 -, alicerça-se numa ótica extremamente fazendária e judicializada do ato, estagnada em tempo dos quais a nova ordem constitucional nos fez questão de afastar, pois mitigadora dos direitos de defesa inerentes aos direitos fundamentais⁶. Encontramo-nos, portanto, diante de uma técnica fortemente destituída de seu aspecto moral, a constituir uma verdadeira ameaça à harmonização das vontades públicas com os direitos fundamentais dos particulares.⁷

São estas as razões que corporificam o caráter emergencial da reformulação do processo de desapropriação como hoje é feito no país, que não poderá ser melhor compreendido sem que antes adentremos nas raízes históricas da aplicação do instituto

⁵ Não se pretende aqui advogar visão utópica, na medida em que o ato expropriatório é nomeadamente um ato de vestes autoritárias. O ímpeto do estudo, pois, é voltado à busca de mecanismos de suavização da problemática.

⁶ Para uma melhor visão sobre o tema: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 46.

⁷ Tal frase, “Technique without morals is a menace, but morals without technique is a mess”, atribuída a Karl Nickerson Llewellyn por Cass Sunstein, de certa forma representa uma das facetas da desapropriação no Brasil. SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, segunda epígrafe do livro, p. xi. *Apud*. BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*. p. 37.

em nosso território. Por consequência, torna-se importante traçar um plano de estudo que investigue os porquês da existência de tamanho descompasso entre o processo de desapropriação atual e os novos modelos de atuação administrativa postos em prática mundialmente.

Para tanto, no capítulo 1, apresentaremos apanhado histórico da evolução da desapropriação no cenário global e as formas como este instrumento veio a se inserir na vida jurídica e administrativa brasileira. Apresentaremos, em complementaridade, a função social que acompanha a desapropriação e a importância de sua idealização para consecução dos objetivos traçados socialmente. Destacaremos, ao final, os motivos pelos quais a desapropriação se assenta, no Brasil, sobre uma perspectiva altamente fazendária e judicializada, o que pode soar irônico, na medida em que nos confrontamos com uma prática administrativa por natureza.

A indispensabilidade do esforço histórico surge da crença de que há uma profunda relação entre o processo evolutivo do Estado brasileiro e as inúmeras críticas suportadas pelo instituto, as quais o forçaram a sofrer intensa mutação pela via jurisprudencial, mas ainda não robustas o suficiente para uma reestruturação normativa-legal quanto ao seu tratamento.

No capítulo 2, buscaremos traçar, em linhas simples, o que se entende por desapropriação atualmente e o ideal de utilidade pública ou interesse social que necessariamente a acompanham - sendo aquele regido pelo Decreto-Lei nº 3.365/41 e este pela Lei nº 4.132/62 -, bem como os princípios jurídicos que sustentam sua validade. Será neste capítulo que envidaremos todos os esforços para apresentar as necessárias mutações sofridas pela lei geral de desapropriação – sobretudo no bojo judicial -, com o intuito de torná-la minimamente adequada aos termos constitucionais da “justa e prévia indenização”; ao seu termo, apresentaremos uma síntese da falência da Lei Geral de Desapropriação, que, apesar dos nobres esforços judiciais, não é capaz de colmatar as lacunas procedimentais administrativas deixadas pelo legislador da Era Vargas.

Superado este ponto, no capítulo 3, será demonstrado o *giro constitucional* imposto à Administração Pública, instaurador de uma nova forma de atuação estatal que

deixa de guiar o gestor pela primazia do interesse legal, para guiá-lo à primazia do interesse constitucional. Conectar-se-á, assim, essa nova ótica administrativa a todo o arcabouço procedimental legalmente estabelecido pela sua lei geral, em conjunto com as adições jurisprudenciais em voga, de sorte que se possa melhor compreender pela emergência renovatória da desapropriação, mediante uma releitura administrativo-constitucional do instituto.

Mais adiante, uma vez demonstrado o inquestionável déficit procedimental da fase administrativa, é que se buscará, no capítulo 4, compreender quais seriam estes mecanismos postos à disposição do administrador que viabilizariam uma desapropriação, a um só tempo, mais célere e justa para todos os interessados do processo. Após a devida demonstração do funcionamento desta fase em variados universos jurídicos, é que fundamentaremos a necessidade da criação de um modelo próprio nacional, voltado, sobretudo, à maximização do princípio da justa e prévia indenização.

Ao último, reservaremos as conclusões e expectativas advindas de uma maior procedimentalização administrativa da desapropriação no Brasil, com a consciência de que a criação de um novo modelo não significaria tão somente uma renovação do instituto em si, mas sim da mentalidade administrativa retrógrada que ainda faz suas vezes em boa parte do setor público nacional. Isto é, será apresentado que a mudança do instituto possui como plano de fundo a imperiosa mudança da cultura jurídico-administrativa do Brasil.

1. O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO NO TEMPO E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Ao tratar sobre a desapropriação, o primeiro e mais importante aspecto do tema diz respeito à profunda conexão existente entre o valor social dado à propriedade particular e as práticas mais ou menos autoritárias empregadas para que o Estado possa havê-la para si. Ou seja, será a importância social da propriedade que moldará os mecanismos de execução da desapropriação, e não o contrário, obviamente.

Isto implica uma percepção de que sociedades mais libertárias prezarão, em suma, por uma metodologia expropriatória planejada para ocasionar danos mínimos àquele cidadão que venha a sofrer o ato ablativo. Ao contrário, naquelas em que há uma primazia da força estatal, com uma atuação interventiva recorrente sobre o patrimônio privado, será mais fácil de se constatar procedimentos expropriatórios autoritários e pouco preocupados com os reflexos do ato no plano individual.

Adiantamos, desde já, ainda dentro da lógica acima descrita, que a existência e o conceito de expropriação sofreram fortes mutações no curso histórico, a perpassar períodos em que a propriedade era tomada como um direito quase absoluto – Roma Antiga –, praticamente repulsivo à própria existência do instituto, até períodos em que, por mais sagrado fosse o direito à propriedade⁸, a prática expropriatória já pudesse ser vista em toda a sua pujança.

Tratar-se-á aqui, acima de tudo, de um tema sensível à liberdade e identificação humana, na medida em que, seja qual for a ótica social predominante na

⁸ A defesa da propriedade como um direito sagrado encontrava um de seus maiores defensores na figura de Benjamin Constant, manifestada pelo pensador como “chose sacrée”, a culminar na célebre frase: “Le mépris pour la fortune des hommes suit de près le mépris pour leur sûreté et pour leur vie”. CONSTANT, Benjamin. *Cours de politique constitutionnelle*. 3. ed. J.-P. Pagès. Bruxelas. Société belge de librairie. 1837. p. 444. *Apud*. FELDMAN, Jean-Philippe. *Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant*. Paris. Revue française de droit constitutionnel. 2008/4 (n° 76). p. 688. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2008-4-page-675.html>. Acesso realizado em: 02 de dezembro de 2017. Vejamos, também, as palavras da professora Jacqueline Morand-Deville sobre o ideal de Benjamin Constant a respeito da significação da propriedade: “[...] Benjamin Constant mettra en valeur le rôle joué par le droit de propriété pour garantir la liberté individuelle, ouvrant la voie aux théories du libéralisme contemporain, selon lesquelles la reconnaissance stimule l’esprit d’initiative et la créativité des individus pour le plus grand profit de la collectivité”. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif des biens*. 6. ed. Paris. Montchrestien, Lextenso éditions. 2010. p. 374.

época histórica, a terra tida como própria sempre terá um conteúdo identificador nacional e individual.

É por isso que, a partir do tópico subsequente, iniciaremos a tratar sobre as mutações da propriedade e da expropriação percebidas no curso histórico, com o intuito de melhor compreendermos o porquê da sua presente forma autoritária de inserção no cenário brasileiro, e se esta corresponde ou não aos anseios constitucionais que elevam a propriedade ao patamar de direito fundamental.⁹

1.1. A desapropriação na Roma Antiga

Tamanha é a controvérsia suscitada pela desapropriação, que até os dias atuais se discute sobre a existência ou não da prática no período romano. Somos do entendimento, no entanto, com todo o respeito às opiniões contrárias¹⁰, que os indícios para identificação deste mecanismo de intervenção estatal são plenamente verificáveis nas fontes jurídicas da época.

Pois bem. Façamos breve digressão. No imaginário de um cidadão contemporâneo, Roma e seu Império traduzem não só a noção de pujança militar e governamental, como também de um símbolo civilizatório ostentador de grandes construções urbanas, passando essas desde estruturas voltadas ao sustento de uma cidade – por exemplo, os aquedutos – à proeminência arquitetural do Fórum Romano e da *urbs* que a este rodeava. Não é por acaso, assim, que tanto Roma quanto os demais

⁹ Em citação curiosa, mas de alta pertinência, Eurico Sodré assim define a desapropriação nos tempos atuais: “Instituto de direito público, a desapropriação é uma das garantias constitucionais da propriedade”. SODRÉ, Eurico. *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública*. 2. ed. São Paulo. Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica. 1945. p. 07.

¹⁰ Identifica-se, dentre os inúmeros autores que atestam pela inexistência da expropriação como instituição jurídica, o pensamento do ilustre professor Fernando Alves Correia: “apesar de reinar uma profunda discordância entre os autores, poderá afirmar-se que no conjunto das fontes do Direito Romano encontram-se algumas referências à expropriação. Mas, o génio romano não foi capaz de, com base naqueles textos, elevar a expropriação ao nível de um autêntico princípio geral susceptível de iluminar todas as suas derivações e conseqüências. Daí que não seja descabido concluir que a expropriação, entendida como instituição jurídica, não existiu no Direito Romano”. CORREIA, Fernando Alves. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra. Universidade de Coimbra. 1982. p. 17. Além deste, para Manuel Baptista Lopes: “no Direito Romano não existia praticamente a expropriação, devido ao caráter inviolável da propriedade”. *Expropriações por utilidade pública*. Coimbra. Almedina. 1968, p. 11. *Apud*. GOMES, Wilton Luis da Silva. *Inovações no regime jurídico das desapropriações*. São Paulo. USP. 2009. p. 15. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16042010-093843/pt-br.php>. Acesso realizado em: 02 de dezembro de 2017.

centros urbanos que compunham o Império até hoje são objeto de investigações de ordem histórica, urbanística, arquitetural e, por qual razão não dizer, de ordem jurídica.

Ora, diante da magnitude romana acima abordada, a preocupação jurídica com seu aspecto urbano apresenta-se, de certo modo, com um cariz intuitivo. Isto porque, seria muito pouco provável o desenvolvimento urbano das cidades romanas, tal qual conhecido, caso desacompanhado dos correspondentes instrumentos de coordenação das áreas sob seu domínio. Em outras palavras, pode-se afirmar que há, praticamente, uma relação de necessariedade entre as cidades romanas como entendidas e a criação de institutos jurídicos capazes de lhes conceder e preservar a forma.

Acontece, todavia, que esta relação encontra uma barreira preponderante na figura da propriedade como entendida naquela época. É que não são poucos os estudos de alta relevância que vêm a significar a propriedade como um direito absoluto e intocável na Roma Antiga, frutos da radical interpretação dos juristas medievais sobre as famigeradas faculdades do *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*.¹¹

Como toda interpretação radical caminha em conjunto com o perigo da desinformação, este aspecto absoluto da propriedade jamais poderia se travestir na realidade do período, sob pena da própria impossibilidade de existir um cenário romano como acima retratado, com planejamentos urbanos estritos e bem destacados. Nas palavras de Santos Justo, “só potencialmente é possível falar de propriedade ilimitada e exclusiva”¹², havendo um sem número de limitações deste direito ao longo do Império Romano.

Logo, tal não poderia ser diferente em relação à expropriação, que é um dos mecanismos primários para consecução de obras públicas e melhorias urbanas, caminhando o pensamento do jurista português pela noção de que:

“[...] embora não haja, em Roma, uma disposição legal de expropriação por utilidade pública, na prática esta expropriação existiu: a autoridade pública

¹¹ SANTOS JUSTO. A. *Direito privado romano - III*. Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. 1997. p. 29.

¹² *Ibidem*. p. 30.

podia apodera-se de uma *res* alheia, observando duas condições: indemnizar o proprietário; e destinar a *res* expropriada à satisfação de um interesse público. A ausência duma alusão, nas fontes jurídicas clássicas, a este instituto não tem impedido a romanística moderna de encontrar algumas aplicações na construção de aquedutos e estradas. Mas terá sido na época pós-clássica, sobretudo a partir de Teodósio II, que se consolidou, quando a determinados magistrados foi concedida a faculdade de demolir edifícios após a indemnização dos proprietários”.¹³

Em sentido semelhante caminham os estudos de Lapuerta Montoya, ao afirmar que “a escassez de fontes aporta incerteza ao nosso tema, mas não pode, em absoluto, servir de argumento para rechaçar a existência da expropriação forçosa por utilidade pública em Roma”.¹⁴

Veja-se, o que pretende a romanística moderna, com a qual pactuamos nossos votos, é tão somente ter em consideração o fato de que um Estado como a Roma Antiga jamais teria alcançado tamanha preponderância global, caso não lhe fosse colocada à disposição uma ferramenta de intervenção direta do poderio público sobre a propriedade privada, ainda que esta se encontrasse dentro de uma fase embrionária de sua evolução.

¹³ *Idem*. Na mesma linha caminha Eurico Sodré: “É evidente que os romanos conheciam o fenômeno da desapropriação, ainda que não o tivessem regulamentado, ou sistematizado de forma institucional. Realizaram vastas e importantíssimas obras públicas e é impossível que jamais defrontassem com o problema de um proprietário que a elas se opusesse, dentro de sua propriedade”. Op. cit. p. 10.

¹⁴ Tradução livre. No original: “La parquedad de fuentes aporta incertidumbre a nuestro tema pero no puede, en absoluto, servir de argumento para rechazar la existencia de expropiación forzosa por utilidad pública en Roma”. LAPUERTA MONTOYA, Dora de. *El Fundamento de la potestad expropiatoria en Roma*. In: *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito Maria Reimundo Yanes*. Coord.: MURILLO VILLAR, Alfonso. Burgos. 2000. p. 487. Já nas lições de SCIALOJA: “Las grandes vías que enlazaban Roma con distintas partes de Italia y los monumentales acueductos, e intuir que sería absurdo pensar que todo ello haya podido realizarse sin mellar el dominio de los particulares. Parece, igualmente, poco verosímil, explicar la realización de las grandes obras públicas de finales de la República y principios del Principado, basándose en el ‘espíritu de munificencia pública muy desarrollado en gran parte de la población romana’ o en otra razones menos nobles ‘de ambición política y de propaganda que pesaría en muchos propietarios” *Apud*. LAPUERTA MONTOYA. Op. cit. p. 488. Cfr. também, para valiosas lições sobre a matéria: MORETIN LLAMAS, María Lourdes Martínez de. *Algunas consideraciones sobre obras públicas Romanas: El Aquaeductus y su integración en la naturaleza y el paisaje urbano*. In: *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*. Dir.: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Madrid. 2013. p. 405.

Ou seja, há um certo ar de obviedade quanto à inexistência da expropriação à época tal qual hoje percebida – complexa material e processualmente -, o que não implica dizer, e aqui repetimos nosso respeito às opiniões contrárias, que a prática nem sequer poderia ser considerada como um instituto jurídico naquele momento. Acreditar no contrário, ao nosso ver, seria conceder primazia aos aspectos formais em detrimento de toda a materialidade histórica e jurídica apontada pela romanística atual, no sentido de que a expropriação era uma prática de certa forma comum no Império Romano.¹⁵

1.2. Da Idade média aos Estados Absolutistas e Liberais

Enquanto no período romano a dúvida reinante relacionava-se ao atributo absoluto da propriedade, cujo grau de importância levou certos autores a cogitarem pela própria inexistência da expropriação, no ciclo medieval não poderia ter sido traçada linha mais distinta. É que, na Idade Média, avigora-se a ideia do poder absoluto do príncipe, detentor de um domínio eminente sobre todos os bens que encontravam-se sob o seu jugo, restando aos vassalos tão somente o “domínio útil” da propriedade a si conferida.¹⁶

Por óbvio, esta concentração de poderio nas mãos de diminuta parcela da sociedade acabava por abrir as vias da arbitrariedade, de modo que, não raro, os indivíduos viam-se submetidos à prática expropriatória, fosse esta sobre bem móvel ou imóvel, desguarnecidos de instrumentos aptos ao alcance daquilo que poderia vir a ser tachado como um *justum praetium*.¹⁷

Nem tudo, porém, é motivo de descrédito evolutivo do instituto à época. Veja-se que, em primorosa lição – cujas ressalvas anteriores não podem ser olvidadas -, Gomes Canotilho bem elucida a noção da primazia da “justa causa” como fundamento da expropriação:

¹⁵ Apenas a título de curiosidade, discute-se até os dias atuais sobre uma possível expropriação planejada para construção da icônica Igreja de Santa Sofia, localizada em Constantinopla (Istambul). RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosália. *Urbanismo y Derecho en el Imperio de Justiniano (527-565 d.C.)*. Madrid. 2012. p. 71.

¹⁶ GOMES, Wilton Luis da Silva. Op. cit. p. 20. Acesso realizado em: 05 de dezembro de 2017.

¹⁷ CORREIA, Fernando Alves. Op. cit. p.17. Para Eurico Sodré, “como os senhores feudais dispusessem das pessoas e bens dos vassalos, é de supor que não se preocupassem com quaisquer garantias rudimentares da propriedade, posto que prevalecia sempre o direito do mais forte e o capricho regalista”. Op. cit. p. 11.

“A indenização por expropriação, [...], mereceu particular atenção aos juristas medievais que, a partir da distinção bartolista das três *aufferre rei privati*, se debruçaram sobre o problema da ablação dos bens privados no exercício do poder administrativo do príncipe, estabelecendo os dois requisitos fundamentais do instituto da expropriação, subsistentes na época moderna: a causa *publica utilitatis* e *justum praetium*”.¹⁸

Ou seja, por mais que pouco praticada a expropriação, em conformidade com os critérios acima elencados, eclodia na vida privada e na consciência jurídica, paulatinamente, um sentimento de injustiça em relação ao *capricho regalista* que abalroava o direito à propriedade sem qualquer justa contraprestação pública.¹⁹

Tempos mais tarde, após a crise do sistema feudal, a centralização do poder e a verticalidade dos atos estatais passaram a obter destaques ainda maiores naqueles Estados chamados de Absolutistas. Isto porque, procedeu-se a uma intensa concentração dos poderes do Estado nas mãos do soberano, de tal forma que este passou a intervir “em todas as esferas da vida dos cidadãos, inclusive na sua vida privada: definia a religião dos súditos, exercia a sua influência na vida econômica da sociedade, segundo os ditames do mercantilismo”.²⁰

É por tal razão que se tornava despiciendo elaborar uma codificação própria da expropriação, pois as vontades públicas fluuavam ao bel-prazer do monarca, considerado o mestre do solo de seu reino. Estabelecia-se sobre as porções de terra de cada Estado um “domínio eminente” do rei, que outorgava aos seus súditos aquele mesmo “domínio útil” concedido ao povo na Idade Média. Era uma época, portanto, de acintosa instabilidade jurídica para o administrado, porquanto se via submetido aos arbítrios da realeza para obter um valor pecuniário substitutivo da terra na qual se firmava.²¹

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina. 1973. p. 30.

¹⁹ SODRÉ, Eurico. Op. cit. p. 11.

²⁰ CORREIA, Fernando Alves. Op. cit. p. 20. No mesmo sentido, SODRÉ, Eurico. Op. cit. pp. 11-12.

²¹ Segundo AUBY, DUCOS-ADER e GONTHIER: “Lorsque le Roi entendait reprendre un bien à un de ses sujets, c’est-à-dire reunir entre ses mains le *domaine éminent* et le *domaine utile*, il exerçait par *lettres patentes*, la procedure dite de *retrait* et *daignait* dans certains cas payer une indemnité. Ce paiement,

Quadro distinto, todavia, foi traçado com o advento das revoluções liberais e burguesas, pautadas, nomeadamente, na emergência do esclarecimento humano e a consequente ascensão de sua dignidade²². Dentro desta nova ótica é que se universalizou, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, o ideal da propriedade como um direito inviolável²³, somente passível de redução, quando houvesse inequívoca necessidade pública e fosse concedida ao indivíduo uma contraprestação justa e prévia. No original:

“Art. 17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.”

Assim, elevada a propriedade a um pressuposto fundamental, impôs-se à administração, ao menos em tese, um desligamento com as práticas abusivas até então praticadas, que permitiam ao gestor conduzir atos ablativos destituídos do aspecto moral que deve reger a integração da vontade pública com a privada. Sob este novo manto – propriedade como um valor humano e fundamental –, solidificou-se a ideia da expropriação como garantia, bem destacada por Gomes Canotilho: "Por seu turno, a desapropriação, na medida em que somente poderá se aperfeiçoar naquelas estritas situações imposta pela lei, torna-se, também, uma garantia do cidadão e não uma restrição ao direito de propriedade[...]".²⁴

Assim, há uma ruptura do comportamento público autoritário para com o administrado, muito mais em razão do seu empoderamento, do que em função de uma

toujours aléatoire, était fixé arbitrairement par le pouvoir royal”. As “*lettres patentes*” podem ser entendidas como os decretos reais, consolidações das vontades da realeza. AUBY, J.-M.; DUCOS-ADER, R.; GONTHIER. *L'expropriation pour cause d'utilité publique*. Paris. Éditions Sirey. 1968. p. 05. Na mesma conotação, MORAND-DEVILLER assim determina a característica do comportamento estatal à época: “De surcroît, l'État se montre un payeur execrable”. Op. cit. p. 380.

²² Em seu célebre artigo “Resposta à pergunta: O que é o esclarecimento (Aufklärung)?”, Immanuel Kant responde que o esclarecimento significa “a saída do homem de sua minoridade, pela qual ele próprio é responsável. A minoridade é a incapacidade de se servir de seu próprio entendimento sem a tutela de um outro.”. Königsberg. Prússia. 1784. Traduzido por Luiz Paulo Rouanet. Disponível em: <https://www.pucpr.br/wp-content/uploads/2017/10/autonomia-immanuel-kant-o-que-e-o-esclarecimento.pdf>. Acesso realizado em: 20 de dezembro de 2017. Esta era, sem dúvida, a realidade do período, que firmava no poder de um determinado soberano as vontades íntimas de cada indivíduo, ao ponto deste sequer poder determinar a própria crença religiosa.

²³ SODRÉ, Eurico. Op. cit. p. 12. No mesmo sentido, AUBY, J.-M.; DUCOS-ADER, R.; GONTHIER. Op. cit. pp. 05-06.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 28.

suposta boa vontade do administrador e da sua submissão aos anseios legais. Como bem assinala Paulo Otero:

“[...] A ideia clássica de que a Revolução Francesa comportou a instauração do princípio da legalidade administrativa, tornando o Executivo subordinado à vontade do Parlamento expressa através da lei, assenta num mito repetido por sucessivas gerações: a criação do direito administrativo pelo *Conseil d'État*, passando a Administração Pública a pautar-se por normas diferentes daquelas que regulavam a actividade jurídico-privada, não foi um produto da vontade da lei, antes se configura como uma intervenção decisória autovinculativa do Executivo sob proposta do *Conseil d'État*.”²⁵

Isto é, não se pode perder de vista o fato de que a verticalidade existente entre a Administração Pública e o administrado subsistia fortemente permeada pela cultura dos privilégios da Administração. Não fosse este o caso – permanência das regalias da Fazenda Pública -, não seria tão fácil verificar seus resquícios até os dias atuais, absorvidos pela ordem jurídica brasileira com maestria de fazer inveja aos governantes estrangeiros.²⁶

1.3. A evolução da desapropriação no Brasil

O gérmen da desapropriação no cenário brasileiro, enquanto instituto pensado e elaborado de forma independente das vontades de Portugal, pode ser atribuído à Constituição de 1824. Inspirada em forte viés libertário²⁷, fruto das influências revolucionárias francesas, a primeira Constituição brasileira é uma das pioneiras no que se refere à consolidação dos direitos e garantias individuais, o que veio a refletir diretamente no trato estatal concedido ao direito à propriedade.

²⁵ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. 2003. p. 271. *Apud.* BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2014. p. 12.

²⁶ Para melhor compreensão do pecado original dos estudos do direito administrativo, conferir BINENBOJM, GUSTAVO. *Ibidem*. pp. 9-17.

²⁷ Em estudo sobre o tema, o professor e historiador brasileiro, Pedro Calmon, bem sintetiza a essência da Constituição de 1824: “A Constituição de 25 de março de 1824, que o imperador outorgou, belo documento de liberalismo do tipo francês, inspirado por Benjamin Constant, cujo quarto poder, o moderador, exercido pelo soberano, foi o Brasil o primeiro Estado a adotar – não refletira o meio, nem as tendências da evolução nacional.” CALMON, Pedro. *História da Civilização Brasileira*. Brasília. Senado Federal. 2002. p. 203.

Na esteira das lições assimiladas durante as revoluções liberais, a Carta Fundamental alça a desapropriação e sua consequente contraprestação indenizatória ao patamar de uma garantia da propriedade privada, que somente poderá ser tolhida em seu conteúdo quando existente um *bem público* superior ao próprio exercício individual da propriedade. Tal disposição encontrava guarida no artigo 179, XXII:

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude.

Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela.

A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.

Em breve parêntesis, não pode ser mera coincidência a similitude do dispositivo constitucional em comparação à redação do artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁸. Pois bem. Em apreço aos termos finais do artigo transcrito, elaborou-se, no Império, a primeira lei de regência da desapropriação no Brasil, também conhecida como a Lei de 09 de setembro de 1836.

Esta, de corpo bastante reduzido, possuía como uma de suas marcas a indispensabilidade da atuação do Poder Judiciário, que passava a ser responsável pela verificação do preenchimento ou não dos critérios de necessidade pública²⁹. Tenha-se em mente, pois, um dos resquícios motivadores da existência de um processo expropriatório altamente judicializado nos dias atuais. E o porquê desta judicialização à época imperial, a bem da verdade, não é tão distinto daquele encontrado hodiernamente.

É que, espelhada na legislação francesa de 1810, preocupada sobremaneira com os abusos de poder praticados pelas administrações locais, outorgou-se à autoridade judiciária dos territórios franceses a verificação da necessidade pública no caso concreto³⁰, prática esta também desejável no cenário do Império brasileiro. De

²⁸ Ao analisar a matéria, Eurico Sodré atenta para transição da forma como se passa a visualizar a desapropriação. Antes, *expressão do domínio eminente*; agora, aproximada da *ideia de jurisdição administrativa, decorrente do conceito de soberania nacional*. SODRÉ, Eurico. Op. cit. p. 28.

²⁹ Art. 3º: “a verificação dos casos de necessidade, a que se destinar a propriedade do cidadão, será feita a requerimento do Procurador da Fazenda Pública, perante o Juiz do domicílio do proprietário, com audiência dele[...].” *Ibidem*. pp. 28-29.

³⁰ *Ibidem*. p. 30.

fato, o sentimento de desconfiança do administrado quanto aos reais interesses do administrador público não se resumia ao caso francês, mas sim simbolizava a dificuldade encontrada até os dias modernos de desverticalizar o tratamento existente entre o Poder Público e seus cidadãos.

Na sequência, ainda com redação muito similar aos dispositivos legais franceses, editou-se a Lei nº 353 de 12 de julho de 1845, como forma de solucionar a insuficiência regulatória do diploma pretérito. Passa-se, a partir deste momento, a se conceder competência privativa ao Executivo para verificação das hipóteses de utilidade pública, bem como, em respeito a certos anseios democráticos daquela época, a se estabelecer um prazo legal para oposição de reclamações dos interessados quanto à necessidade da desapropriação em si.³¹

Interessante notar, no mais, a constituição de um corpo de jurados encarregado de fixar o preço da indenização – dentro da fase judicial -, bem como a criação de um intrincado procedimento administrativo – artigo 2º ao artigo 10º -³², cujas práticas já não são mais verificáveis no processo expropriatório brasileiro contemporâneo.

Não tardou muito, entretanto, para que fosse promulgada nova norma de regência da matéria, Decreto nº 1.644 de 27 de outubro de 1855, agora voltada aos casos específicos de desapropriações movidas para construção das estradas de ferro do Império. Nesta, procedimentalizou-se a apuração da justa indenização sobretudo pela via judicial³³, muito embora já não fosse mais permitido ao juízo se imiscuir no mérito do ato expropriatório em si. Ademais, o corpo de jurados civil foi desfeito e substituído por um juízo arbitral coato, na medida em que as indenizações aprovadas pela forma anterior constituíam um perigo às finanças imperiais.³⁴

³¹ SODRÉ, Eurico. Op. cit. p. 31.

³² *Ibidem*. p. 31 e 298-301.

³³ Decreto nº 1644 de 1855: “Art. 3º O Empresário ou Companhia incumbida da construção da estrada de ferro não tomará posse dos terrenos e prédios desapropriados, sem que preceda à respectiva indenização. O processo de indenização será promovido pelos Agentes do Empresário ou Companhia perante os Juízes do Cível, onde os houver, e, na falta destes, perante os Juízes Municipais dos respectivos Termos, no caso de não poderem o Empresário ou os Diretores da Companhia convencionar amigavelmente com os proprietários, ou quando estes forem menores ou interdictos, se seus tutores ou curadores não aceitarem as ofertas.”

³⁴ SODRÉ, Eurico. Op. cit. p. 31.

Superados os anos, nos quais se procederam a certas alterações regionais e jurisprudenciais do tema que não vêm ao caso, é que se editou, no auge do Estado Novo de Getúlio Vargas, o famigerado Decreto-lei nº 3.365 de 21 de junho de 1941. Convém ao estudo, portanto, uma vez que a norma constitui-se como o núcleo duro da presente pesquisa, que sejam refreadas as aceleradas investigações do avanço histórico da matéria, para que se possa melhor compreender o contexto político-institucional de criação da Lei Geral de Desapropriação brasileira.

1.3.1. O Decreto-lei nº 3.365 de 1941 no contexto do Estado Novo

Iniciado a partir de um golpe de Estado movido por Getúlio Vargas, por meio do qual tanto a Câmara quanto o Senado foram dissolvidos, o Estado Novo pode ser considerado como uma virada francamente autoritária promovida na política e na vida social brasileira³⁵. Deixam-se de lado as convicções democráticas e sociais até outrora sustentadas, e tomam espaço as relações verticalizadas e autoritárias entre o espaço público e o privado.

Neste momento, como em qualquer outro governo ditatorial, a Carta Constitucional, outorgada em 10 de novembro de 1937, pouco influenciou na condução política pátria, havendo “ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava como órgão do Executivo.”³⁶. Portanto, não deve parecer bom sinal – e de fato não é-, o surgimento de lei disciplinadora de instituto tão sensível à vida do administrado, que é a desapropriação, dentro de um

³⁵ Assim afirma Eli Diniz: “Finalmente, o período subsequente, 1937-45, caracteriza-se por uma virada francamente autoritária. Nesse momento, é a figura do Vargas ditador que assume o primeiro plano, a imagem do homem que, através de um golpe de Estado, com o auxílio das Forças Armadas, instaura a ditadura, pondo fim à breve e turbulenta experiência democrática de 1934-37, traindo assim os ideais da revolução de que fora um dos principais líderes. Nesse momento, domina a cena o Vargas identificado com o ideário autoritário.” DINIZ, Eli. *Engenharia institucional e políticas públicas: dos conselhos técnicos às câmaras setoriais*. In: *Repensando o Estado Novo*. Org.: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 23.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 83. Em sentido semelhante, SOUZA NETO e SARMENTO: “Sob o ângulo da repartição horizontal de poder, o governo cumulou as funções do Executivo e do Legislativo, legislando amplamente por intermédio de decretos-lei, com base no art. 180 da Carta. O Judiciário não refreou as arbitrariedades do regime. Até 1945, o país esteve sob o estado de emergência, com suspensão de diversas garantias constitucionais, e, de acordo com o art. 170 da Constituição, os atos praticados pelo governo em virtude do estado de emergência eram imunes ao controle jurisdicional.” Op. cit. p. 128.

contexto institucional altamente autoritário e desvinculado dos valores de preservação das garantias individuais.

Tanto assim o é, que o próprio texto constitucional disciplinador da desapropriação entendeu por bem retirar o adjetivo “justo” dos requisitos de consumação do ato público, assegurando o artigo 122, item 14, tão somente “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”. Ora, se há requisito indispensável à prática da desapropriação, é o da justiça indenizatória, que se sobrepõe ao critério da previedade, na medida em que o mesmo nem sequer existe em determinados ordenamentos estrangeiros nos quais a expropriação é levada a cabo de modo mais eficaz³⁷. Confirmam-se, pois, os sinais maléficis do autoritarismo sobre o instituto da desapropriação no Brasil, a desembocar na nova lei de regência da matéria: Decreto-lei nº 3.365 de 1941.

De iniciativa do então Ministro da Justiça, Prof. Francisco Campos, ideólogo do autoritarismo³⁸, o Decreto-lei nº 3.365 de 1941 era de todo voltado para um processo rápido, em que o “poder público decreta a desapropriação e o juiz fixe o valor da indenização a ser paga, sem prejuízo para a defesa do direito do proprietário.”³⁹. Ocorre, porém, que tal defesa do proprietário apresenta-se com vestes simuladas, na medida em que, na prática dos anos, os administrados constantemente se veem diante de ofertas irrisórias, submetidos a procedimentos de quitação altamente questionáveis do ponto de vista constitucional e alheios a um *procedimento administrativo adequado* e pretérito à fase judicial da desapropriação, a qual se volta unicamente à fixação dos valores indenizatórios.

Neste sentido, é difícil admitir que tais características não guardam profundas relações com os interesses autoritários do Estado Novo. A facilidade legal para imissão provisória na posse – cujos efeitos já se encontram mitigados pela jurisprudência –, os entraves criados para questionar a validade da expropriação e a

³⁷ Conforme se verá no capítulo 04, a legislação portuguesa exige pura e simplesmente a contemporaneidade do pagamento, conforme dicção do artigo 1º do Código das Expropriações de 1999.

³⁸ Segundo Eli Diniz: “Cabe ressaltar, aliás, que os grandes ideólogos do autoritarismo tiveram o seu apogeu nessa fase. Lembremos Oliveira Viana, **Francisco Campos** e Azevedo Amaral, expoentes do pensamento autoritário, cujas ideias lançaram os fundamentos de uma série de mudanças político-institucionais que viriam a concretizar-se plenamente com o Vargas do período estado-novista.” Op. cit. p. 23.

³⁹ Considerações do Ministro Francisco Campos, encontradas em: SODRÉ, Eurico. Op. cit. p. 342.

ausência de uma previsão da fase administrativa, bem representam uma obra jurídica arquitetada exclusivamente para os interesses do Estado, não enquanto representante do povo, mas sim como representante de si mesmo⁴⁰. Em poucas palavras, o autoritarismo legal não se trata de obra do acaso.

Note-se que, quanto ao último ponto - ausência de procedimentalização administrativa -, até mesmo um dos mais fiéis defensores do Decreto-lei nº 3.365 de 1941, Dr. Eurico Sodré, se viu forçado a tecer críticas:

“Possui esta lei alguns senões [...]. Manteve, também, em suspenso o procedimento administrativo para declaração da utilidade pública, deixando assim de baixar normas uniformes para todas as autoridades circunscricionais do país, relativas à elaboração e aprovação dos planos preliminares de obras e serviços, exposição dos motivos determinantes dos decretos declaratórios, financiamento das desapropriações [...]. Essas omissões, entretanto, poderão ser melhor atendidas quando se estruturar de maneira definitiva a administração pública, ainda em via de organização.”⁴¹

Ou seja, aparentemente, o interregno de setenta e sete anos é deveras limitado para a organização administrativa brasileira. Ironias à parte, a verdade é que a esperada renovação administrativa da norma nunca chegou, restando, lamentavelmente, a ínfima disciplina da fase administrativa sob a sorte de cada ente federado. Não é preciso esforço intelectual, portanto, para se constatar que a desapropriação no Brasil constitui cenário de profunda instabilidade jurídica, situação inaceitável em país que se intitula como um Estado Democrático de Direito.

São por estas razões que podemos atestar, com temperança, que a Lei Geral de Desapropriação suplica por uma emergência renovatória, em que Administração e administrado passem a ocupar o mesmo patamar valorativo, de sorte que, ao termo do

⁴⁰ Neste sentido, Florivaldo Dutra de Araújo afirma: “Não causa surpresa, portanto, que o texto da LGD tenha sido redigido de forma a privilegiar, em certos aspectos, excessivamente, a posição da Administração Pública face ao particular expropriado.” ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *A lei geral de desapropriação em face da Constituição de 1988*. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca *et al.* (Coord.). *Estado e propriedade: estudos em homenagem à professora Maria Coeli Simões Pires*. Belo Horizonte. Fórum. 2015. p. 302.

⁴¹ SODRÉ, Eurico. *Op. cit.* p. 35.

procedimento, possam as partes chegar àquilo que soe o mais justo possível quanto ao valor indenizatório, de preferência após o exaurimento de toda uma fase administrativa prevista em lei própria.

1.3.2. A desapropriação por interesse social – limitações à propriedade

De menor importância para o estudo geral, mas essencial para compreensão do contexto social reinante no século XX e suas influências na ordem jurídica pátria, é a dicção da Lei nº 4.132 de 1962 que define os casos de desapropriação por interesse social. Promulgada por João Goulart, intestina de uma nova percepção jurídica do conceito de propriedade, a lei de desapropriação por interesse social se limita, basicamente, a enumerar os casos em que o não preenchimento de sua função torna legítima a tomada da propriedade pela Administração Pública, a condicionar seu processo à mesma didática da Lei Geral de Desapropriação.

O que se percebe aqui é uma tentativa de adequação estatal aos anseios sociais vigentes à época, não mais condizentes com garantias *absolutas* da individualidade humana. Isto porque, aqueles ideais de Estado absenteísta e como mero garantidor das liberdades individuais passaram a ser questionados sobretudo pelas camadas sociais menos abastadas, cujas vidas eram diariamente submetidas ao jugo dos interesses econômicos da burguesia.⁴²

É neste momento – segunda metade do século XIX - que surgem as primeiras contestações deste modelo de Estado, alicerçadas em doutrinas socialistas, marxistas e anarquistas⁴³, espraiadas no continente europeu, e, com o passar dos anos, em terras brasileiras. Sob esta ótica, condenatória do absolutismo das liberdades individuais e visualizadora do Estado como instrumento de elevação social⁴⁴, começa-se a conjurar teorias limitadoras do uso da propriedade, que encontram na figura de Léon Duguit seu maior expoente. Para o pensador francês:

⁴² Cfr. sobre o tema interessante artigo de: FERREIRA, Siddharta Legale. *Estado Social e Democrático de Direito* – História, direitos fundamentais e separação dos poderes. Disponível em: http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf. Acesso realizado em 26 de dezembro de 2017.

⁴³ Cfr. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif...* Op. cit. p. 375.

⁴⁴ Para uma leitura sobre as influências do Estado Social no aspecto constitucional, cfr. SOUZA NETO e SARMENTO. Op. cit. pp. 82-86.

“A propriedade é um direito, é uma função social. O proprietário, quer dizer, o proprietário de uma riqueza, tem, porque detém esta riqueza, uma função social a preencher. Na medida em que preencha esta missão, seus atos de proprietário serão protegidos. Se ele não a preencher, ou se ele a preencher mal, a intervenção dos governantes será legitimada para lhe constranger a preencher estas funções sociais.”⁴⁵

A lei de desapropriação por interesse social vem, portanto, na esteira das revoluções sociais do século XX e do ideário jurídico consolidado – inclusive na Constituição de 1946 (art. 147) -, conformar a legislação nacional ao cenário vigente⁴⁶. Todavia, o que esta não fez, lamentavelmente, foi conceder uma procedimentalização administrativa adequada ao instituto, tendo em vista que permaneceu a assentar suas raízes procedimentais na lei geral de desapropriação de 1941.

Destarte, renova-se o olhar sobre a propriedade no Brasil, atualiza-se o próprio conteúdo da desapropriação, adequando-os às novidades sociais e jurídicas estabelecidas mundialmente, mas permanecem bem fixadas, sem perspectiva de alteração, as regalias processuais típicas de uma Administração Pública pautada no regime dos privilégios. Isto nos leva a crer que a recomposição legal da Lei Geral de Desapropriação, urgente por si só, somente produzirá efeitos integrais a partir do

⁴⁵ Tradução livre. Citação extraída de MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Op. cit. p. 376. No original: “La propriété est un droit, elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c’est-à-dire le propriétaire d’une richesse, a, du fait qu’il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir. Tant qu’il remplit cette mission, ces actes de propriétaire sont protégés. S’il ne la remplit pas, ou s’il la remplit mal, l’intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir ces fonctions sociales.” Cfr. sobre o tema as palavras de Rochelle Jelinek: “Duguit rejeitou essa concepção de propriedade como direito subjetivo absoluto, substituindo-a pela concepção de propriedade-função, não com a finalidade de negar a existência da propriedade privada, mas para centrar-se em sua natureza de direito-função; não como poder incondicionado, mas como poder jurídico que tem uma razão de ser específica, da qual não pode esquivar-se, de satisfazer necessidades individuais e coletivas.” JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e a sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*. Porto Alegre. 2006. p. 12. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso realizado em 26 de dezembro de 2017.

⁴⁶ São inúmeras as normas jurídicas que se direcionam neste sentido, a encontrar destaque a Constituição Mexicana de 1917 (art. 27), a Constituição de Weimar de 1919, com a famigerada normativa “A propriedade obriga”. Também, Constituição Italiana de 1947 (art. 42), bem como a própria Constituição de 1946 do Brasil, a qual já dispunha que: “Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.”

momento em que o administrador público brasileiro passe a viver os valores administrativos inscritos na Carta de 1988.⁴⁷

1.4. A interpretação político-institucional da desapropriação no Brasil

Fosse a legislação pátria sobre a desapropriação um primor jurídico, digna de um modelo democrático constitucional, ainda assim permaneceria a sobressair um determinado desequilíbrio de tratamento entre a esfera pública e a privada. Isto se deve ao fato de que a expropriação, por se tratar de intervenção estatal de reduzido *grau de vinculação administrativa*⁴⁸ – afinal, no mundo prático, é a Administração que define o bem certo a expropriar e que determina o valor da oferta inicial -, usualmente ganha relevos autoritários nas mãos do administrador público brasileiro.⁴⁹ Este, em grande proporção, insiste em confundir a supremacia do interesse público sobre o privado, constitucionalmente estabelecida e fundamentadora principiológica da desapropriação, com uma suposta supremacia do poder público no próprio processo expropriatório.

Assim, se mesmo num roteiro ideal o ato de desapropriação já promoveria relações de desequilíbrio entre os interessados, ainda maiores são os danos ao indivíduo quando submetido à legislação criada justamente com o intuito de reduzir seus poderes de negociação.

⁴⁷ Dentro desta linha argumentativa, nunca deixará de ser atual a redação do item VII da Constituição de Massachusetts de 1780, conferida a John Adams: “VII.- Government is instituted for the common good; for the protection, safety, prosperity and happiness of the people; and not for the profit, honor, or private interest of any one man, family, or class of men; Therefore the people alone have an incontestible, unalienable, and infeasible right to institute government; and to reform, alter, or totally change the same, when their protection, safety, prosperity and happiness require it.” HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. *The Popular Sources of Political Authority: Documents on the Massachusetts Constitution of 1780*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1966. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss6.html. Acesso realizado em 28 de dezembro de 2017.

⁴⁸ Cfr. a brilhante obra já citada de Gustavo Binbenbojm, pela qual se defende uma revisitação dos estudos sobre a dicotomia existente entre os atos administrativos vinculados e discricionários. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia Poder de polícia...* Op. cit. p. 92-96

⁴⁹ Complementares a esta linha argumentativa são as palavras de Carlos Ari Sunfeld: “Nós temos uma história, além de autoritária, de desorganização administrativa, uma luta permanente para realizar as tarefas do dia-a-dia sem organização e planejamento, o que concorre contra a idéia de processo e procedimento administrativo. Nossa visão acerca do Estado decorre diretamente de sua história. A Administração Pública, no sentido contemporâneo, é muito distinta daquela do passado. No entanto, muitas das idéias e, sobretudo, muitas das formas da Administração antiga permanecem ou resistem em morrer.” O autor salienta, principalmente, que muitas das formas administrativas brasileiras contemporâneas correspondem à uma visão antiquada do ato de administrar, ainda deveras pautado numa Administração Pública patrimonial. SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*. A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte. Ano 6. n. 23, jan./mar. 2006. p. 39-42.

O estudo das raízes históricas do instituto e de sua implementação no Brasil nos revelam a noção de que estamos diante de instituto voltado sobremaneira aos interesses fazendários, porquanto pouco preocupado em conceder ao administrado as ferramentas próprias de defesa administrativa; ao mesmo tempo, e isto pode soar contraditório, insere-se no processo de desapropriação um Poder Judiciário cada vez menos conivente com as regalias estatais, mas que, por questões normativas, encontra-se limitado na sua linha de atuação processual.⁵⁰ Ou seja, por maiores os esforços jurisdicionais, a balança sempre tenderá para a Administração, na medida em que é ela que condiciona o início de todo o processo e que tem a si destinada ordem legal de cunho altamente parcial.

Procuraremos, pois, ao longo do trabalho, demonstrar que a desapropriação, como praticada hoje, é fortemente pautada em um modelo desatualizado, que beira a inconstitucionalidade, de modo que sua renovação serviria para ajustar o ordenamento jurídico pátrio a uma nova forma de pensar e agir estatal, em que o movimento de procedimentalização administrativa ganha cada vez mais destaque.

⁵⁰ Não se pretende defender um papel de Judiciário ativo, mesmo porque este não deveria ser seu escopo principal. Procura-se, unicamente, atentar para o fato de que a construção legal da desapropriação busca retirar do Judiciário poderes decisórios sobre o mérito administrativo. Em poucas palavras, perpetuada a Lei Geral de Desapropriação, inexistirá esforço jurisdicional capaz de alterar a essência da prática expropriatória no Brasil.

2. ANÁLISE CONCEITUAL DA DESAPROPRIAÇÃO – MUTAÇÕES LEGAIS E PRETORIANAS DO INSTITUTO

Após extensa investigação histórica da desapropriação e da propriedade, torna-se facilitada a extração dos denominadores comuns que constituem a essência da prática, no Brasil, ao longo dos tempos. Como num jogo de encaixes, somente mediante a combinação de todas as peças que passa a ser possível a visualização harmônica do quadro geral, isto é, do que se compreende e como se pratica a desapropriação atualmente em terras brasileiras.

Pois bem. Alicerçada no que entendemos como os quatro pilares fundamentais, a expropriação somente se consuma quando: (i) haja uma pretensão do Poder Público de se apoderar de determinada(s) propriedade(s); (ii) sempre fundamentada num interesse estatal que se sobreponha às vontades privadas, dentro de um juízo de pré-ponderação constitucional; (iii) mediante contraprestação de valor econômico suficiente para substituir o bem subtraído do expropriado; e, (iv) consagrada num procedimento próprio de direito público traçado em lei.

Bastantes ou não, são estes os elementos básicos encontrados em qualquer tentativa de conceituação do instituto da desapropriação, das quais destacamos as distintas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Maria Sylvia Zanella di Pietro, respectivamente:

“[A desapropriação é o] procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro [...]”⁵¹

“[A desapropriação é o] procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2013. p. 881.

pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.”⁵²⁻⁵³

Por conseguinte, é de se perceber que a desapropriação não é uma medida pública qualquer, mas sim um emaranhado de atos da administração que se conformam em um procedimento administrativo público complexo, exatamente para que seja resguardado, ao máximo, o valor social que se concede à propriedade.

Acontece, todavia, que esta elevação social concedida à propriedade não é alcançada, por si só, caso aplicada a letra fria da Lei Geral de Desapropriação, razão pela qual vêm sendo realizadas modificações na sua essência tanto de ordem legal quanto jurisprudencial. Tais alterações, como veremos em breve, buscam aperfeiçoar os mecanismos de obtenção do justo preço indenizatório, mas continuam incipientes no que se refere à procedimentalização adequada da desapropriação no Brasil.

Adiantamos, assim, antes de adentrarmos em novo tópico, que a modificação da experiência expropriatória brasileira somente surtirá reais efeitos quando o adjetivo “justo” também se referir ao procedimento da desapropriação, e não só ao seu aspecto indenizatório. Passemos, agora, ao estudo dos fundamentos político e jurídico da desapropriação, que bem corroboram para necessidade de criação de um novo e justo procedimento expropriatório.

2.1. Os fundamentos da desapropriação no ordenamento nacional

Tão relevante quanto o conceito da desapropriação é o estudo de sua essência, ou seja, daqueles pilares que constituem o fundamento de sua presença no

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo. Atlas. 2007. p.145. Em conceituação moderna do instituto no Brasil, pois pautada em todas as minúcias legais existentes, Kiyoshi Harada conceitua-a “como um instrumento de direito público consistente na retirada da propriedade privada pelo Poder Público ou seu delegado, por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante o pagamento prévio da justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF), por interesse social para fins de reforma agrária (art. 184 da CF), por contrariedade ao Plano Diretor da cidade (art. 182, § 4º, III, da CF), mediante prévio pagamento do justo preço em títulos da dívida pública, com cláusula de preservação de seu valor real, e por uso nocivo da propriedade, hipótese em que não haverá indenização de qualquer espécie (art. 243 da CF). HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11ª ed. São Paulo. Atlas. 2015. p. 16.

⁵³ Para um breve resumo da desapropriação e seus procedimentos no Brasil, cfr. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo. Saraiva. 2011. pp. 385-391.

ordenamento jurídico. Estes fundamentos, uma vez conhecidos, nos permitem formular propostas mais adequadas ao instituto, de modo que se tornem compatíveis e harmônicos com sua natureza jurídica.

Neste diapasão, parece razoável afirmar que os fundamentos da desapropriação são de duas ordens. A primeira, de cunho político, diz respeito ao princípio administrativo da supremacia do interesse público sobre o privado. Já a segunda, de ordem jurídica, consiste na tradução deste princípio administrativo dentro do sistema jurídico brasileiro, seja pela letra constitucional ou legal, que assentam o ideal de um domínio eminente do Estado sobre todos os bens que se encontram no seu território.⁵⁴

Destarte, a lógica reinante é a de que a desapropriação alicerça-se sobre um ideal de predomínio das vontades públicas sobre as particulares, sem a qual sequer poder-se-ia cogitar pela sua existência. O que não se pode inferir desta premissa, no entanto, é que este pressuposto de uma ordem social estável possa adquirir as feições de uma liberalidade administrativa, dissonante dos poderes concedidos pelos administrados aos gestores públicos. Em palavras mais comedidas, a supremacia do interesse público sobre o privado, como fundamento para expropriar, somente adquire validade quando empregada para consagração de um interesse público maior, sob pena de deturpação da ordem administrativa vigente.

Isto porque, como bem ilustra o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Quem exerce *‘função administrativa’* está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida do indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos de Direito o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. [...] fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o privado só podem ser

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 887. Esta supremacia, como afirmado, não é inequívoca. O que ocorre, no mundo prático, é uma ponderação constitucional prévia (art. 5º, XXIV) que legitima a desapropriação, nos casos especificados em lei.

manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais.”⁵⁵⁻⁵⁶

É por esta razão que, seja qual for o ordenamento jurídico, sempre haverá uma norma específica condicionante da expropriação à promoção de um determinado interesse público por parte da Administração Pública. No caso brasileiro, entre aquelas que nos interessam⁵⁷, encontram-se o Decreto-lei nº 3.365 de 1941 e a Lei nº 4.132 de 1962, regulamentadoras das desapropriações por necessidade ou utilidade pública e daquelas fundamentas num interesse social, respectivamente.

2.2. Os elementos da desapropriação

Apenas como um breve parêntesis, é necessário o estudo dos elementos intuídos pela legislação constitucional e ordinária brasileira que legitimam a iniciativa expropriatória. De imediato, nota-se que a Carta Constitucional – no artigo 5º, XXIV -⁵⁸ condiciona a desapropriação à presença de um desses três elementos: necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

Por consequência, será neste raio de ação que deverão atuar as leis supracitadas – por mais que pretéritas à Constituição Federal -, de sorte a fornecer ao administrador público um rol de hipóteses expropriatórias compatíveis com os elementos da desapropriação descritos⁵⁹. Acontece que há um fundamento maior no

⁵⁵ *Ibidem*. p. 72. Para um percuente estudo do tema, cfr: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: DANIEL SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro. Lúmen Juris. 2007. Em importante argumentação, Wilton Luis da Silva Gomes, em sua dissertação de mestrado assim delinea suas ideias: “Negar a existência deste princípio é, em última instância, negar o próprio Estado e sua soberania. O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não é em sua essência antidemocrático, para ser colocado como contraponto dos direitos fundamentais.” Op. cit. p. 101.

⁵⁶ É por isso que defendemos a ideia da renovação do procedimento expropriatório, posto que não se pode cogitar da existência de mecanismo outorgado pelo povo que, ao mesmo tempo, venha a colocar seus próprios pares em risco.

⁵⁷ Dizemos isto, pois há o caso da Lei nº 8.629 de 1993, regulamentadora da desapropriação para fins de reforma agrária, dotada de procedimento distinto daquele proposto pela Lei Geral de Desapropriação.

⁵⁸ CRFB: Art. 5º - “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

⁵⁹ As normativas, em conjunto, fornecem-nos vinte e três casos motivadores de desapropriação, colocando a salvo previsões legais futuras.

plano de fundo desse perímetro de atuação pública, motivo pelo qual nos agrada a linha argumentativa proposta pelo mestre paulista Kiyoshi Harada:

“A mola propulsora da desapropriação, como se vê, é sempre o interesse público como gênero de que são espécies a necessidade pública, a utilidade pública, o interesse social, o interesse social para fins de reforma agrária, o interesse social para o desenvolvimento da política urbana e o interesse social para erradicação da propriedade nociva. O interesse público outra coisa não é senão as necessidades coletivas, encampadas pelo poder político e inseridas no ordenamento jurídico em níveis constitucional e legal, que preponderam sobre o interesse privado ou meramente coletivo quando em confronto. É ele de caráter genérico e somente pode ser satisfeito sob o regime de direito público, em contraposição ao interesse particular ou coletivo, satisfeito pelo regime de direito privado.”⁶⁰

Nessa senda, apesar de fazermos os votos pela simplicidade, não há como se negar que a doutrina costuma se aventurar na distinção de cada espécie do gênero *interesse público*, adotando, em termos gerais, as lições propaladas por Hely Lopes Meirelles, no sentido de que existe: (i) necessidade pública quando a Administração defronta-se com situações de emergência que, para serem resolvidas satisfatoriamente, implicam na transferência imediata da propriedade para o Poder Público; (ii) utilidade pública quando a transferência de um bem particular é conveniente para a Administração, muito embora não seja imprescindível; e, (iii) interesse social quando as circunstâncias determinam a distribuição ou o condicionamento da propriedade para melhor aproveitamento da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo público específico.⁶¹

Belíssimas e virtuosas as palavras lançadas até então, fato é que a lisura dos elementos norteadores da desapropriação não chega a ser aplicada com o respeito

⁶⁰ HARADA, Kiyoshi. Op. cit. p. 16.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed. São Paulo. Malheiros. 2006. p. 607. Bem dita José dos Santos Carvalho Filho que: “Embora o texto constitucional se refira a ambas as expressões, o certo é que a noção de necessidade pública já está inserida na de utilidade pública. Esta é mais abrangente que aquela, de modo que se pode dizer que tudo o que for *necessário* será fatalmente *útil*.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009. p. 775.

devido ao povo que a legitima. É que, em muitos casos, a Administração se sub-roga de um interesse público que parece simpatizar com práticas autoritárias, reduzindo as pretensões constitucionais à mera letra morta, ou, quando muito, a um fator secundário de sua atuação. É diante desta realidade que tanto o corpo legislativo quanto o jurisdicional vêm tecendo mecanismos de suavização da letra fria da Lei Geral de Desapropriação, resultando em inovações merecedoras de destaques próprios.

2.3. A realidade de uma lei ineficaz – mutações impostas à LGD

Muito se versou até o presente momento sobre a incongruência histórica e política da Lei Geral de Desapropriação com os fundamentos legais e constitucionais que a legitimam⁶². A arquitetura legal – concebida por ideólogos do governo Vargas que flertavam com o autoritarismo – e o surgimento em contexto de forte instabilidade democrática, serviram para colocar um ponto de interrogação sobre a juridicidade deste modelo expropriatório, de sorte que nos resta, a partir de então, a responsabilidade de verificarmos se a letra da lei concebida nos idos da Era Vargas carregou consigo os efeitos práticos de uma construção ditatorial; e, se sim, quais foram os instrumentos utilizados para mitigar os danos produzidos pela aplicação fria da normativa legal.

Quanto ao primeiro ponto, não é difícil precisar que são consideráveis os malefícios advindos da aplicação de lei tão distante da realidade política contemporânea. Fundamentado numa Administração Pública dos privilégios, o Decreto-Lei nº 3.365 de 1941 delimita um procedimento expropriatório altamente balizado na lógica fazendária, que, conquanto seja rotineiramente submetido às vias judiciais, ainda assim permanece com verniz autoritário.

Isso porque, boa parte da Lei Geral de Desapropriação foi concebida, na sua origem, em favor dos interesses fazendários. E os sinais desta constatação são claros, uma vez que a LGD: (i) exige um baixíssimo grau de transparência em sua fase administrativa – ela não dispõe sobre as medidas a serem tomadas para iniciativa expropriatória, assim como não estabelece uma engendrada fase administrativa pretérita

⁶² Cfr. itens 1.3.1, 1.3.2 e 1.4.

à judicial⁶³; (ii) instaura um precário e facilitado sistema de imissão provisória na posse, naqueles casos em que é decretada a urgência, mediante ínfimas ofertas; e, (iii) condiciona o pagamento da diferença entre o valor depositado para imissão na posse e o valor alcançado após as discussões processuais, por meio de precatório judicial.

Assim, como forma de conceder robustez aos argumentos lançados, indicativos de que a desapropriação e seu processo judicial constituem um entrave jurídico às novas formas de atuação administrativa, é que apresentaremos, item a item, o porquê de sua ineficácia.

2.3.1. A deficiente previsão administrativa do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941

Regulamentada em apenas um artigo – artigo 10 -, que nem sequer se destina em sua integralidade para o propósito descrito, a LGD encontra seu pecado original na ausência duma bem delimitada fase administrativa da desapropriação. Cingidos seus termos ao alcance ou não de um “termo de acordo”, o Decreto-Lei nº 3.365 de 1941 vacila em conceder forma ao próprio conceito do instituto, o qual, conforme vimos acima, dota-se das vestes de um *procedimento administrativo complexo*.

Isto significa dizer - até mesmo aos olhos daquele que não se encontra familiarizado com o tema – que é imprescindível, a todo e qualquer procedimento expropriatório, a existência de um arcabouço procedimental administrativo adequado e satisfatório que seja prévio à fase litigiosa, porquanto elemento basilar da matéria, e não instrumento de exceção. Não há como se conceber a existência de uma lei de desapropriação que não se disponha a “*baixar normas uniformes para todas as autoridades circunscricionais do país, relativas à elaboração e aprovação dos planos preliminares de obras e serviços, exposição dos motivos determinantes dos decretos*”

⁶³ Corroborar para nossa afirmação a dicção do artigo 10: A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Perceba-se que não há qualquer tentativa legal voltada à concepção de uma fase administrativa própria, impositiva de um necessário diálogo, pretérito à ação judicial, entre expropriante e expropriado.

*declaratórios, financiamento das desapropriações*⁶⁴, e que se limita a dizer que a expropriação deve ser efetivada *mediante acordo ou intentar-se judicialmente*.

Esta subversão legal quanto ao conceito de desapropriação - que outorga ao Poder Judiciário todo o procedimento público inerente à matéria – é bem traduzida por Florivaldo Dutra de Araújo, doutrinador que aponta as imperfeições manifestas de uma lei estagnada no tempo:

“A LGD não estabelece normas sobre como deve proceder a Administração Pública para buscar esse acordo. **A matéria tem ficado, então, relegada à informalidade.** Normalmente, o proprietário é simplesmente chamado e cientificado sobre o preço que o Poder Público pretende pagar pelo bem. Caso não aceite, o poder expropriante propõe ação judicial. A inexistência de regulação desse procedimento administrativo reflete o desprezo que, em geral, foi dado ao tema do processo administrativo no mundo ocidental, até meados do século XX, e no Brasil, até o final desse século.”⁶⁵(Grifos nossos)

Portanto, falha a Lei Básica de Desapropriação ao *relegar à informalidade* um dos pontos-chaves de normativa jurídica que se predispõe a regulamentar o instituto. Parece óbvio – e assim é mesmo - que a existência de limbo legal quanto à previsão da fase administrativa da desapropriação submete o administrado a constrangimentos inconstitucionais, colocando-o em posição de marionete das vontades estatais, que variam ao sabor das intenções do administrador público no caso concreto.

É justamente em razão deste cenário de instabilidade jurídica que surge, na prática expropriatória brasileira, uma relação de quase necessidade de transformação da fase administrativa numa fase judicial. Explique-se: sem a presença de uma fase administrativa adequada - com início, meio e fim – é deveras implausível que qualquer

⁶⁴ Cfr. item 1.3.1.

⁶⁵ Continua o autor: “As normas jurídicas, a doutrina e jurisprudência somente viam relevância no *iter* que conduzia à decisão judicial e naquele do qual resultava a lei. Ou seja, os procedimentos (ou processos) judicial e legislativo eram considerados relevantes para o resultado a que visavam. Já o caminho percorrido para a produção dos atos administrativos era considerado, em quase todos os casos, irrelevante para o direito, constituindo mera ritualidade interna. O importante era apenas a decisão que gerasse, diretamente, efeitos na esfera jurídica dos seus destinatários.” ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Op. cit. p. 305.

indivíduo venha a aceitar, de imediato, a oferta ministrada pelo Poder Público, sobretudo quando estas são usualmente eivadas de vícios avaliatórios que culminam em ofertas pecuniárias irrisórias.

Assim, na impossibilidade do administrado construir um diálogo público ajustado com o ente expropriante, não lhe resta alternativa senão o socorro às vias judiciais, por meio de ação de desapropriação movida pelo próprio ente federativo, após a obtenção da negativa de acordo do expropriado. Acontece que este socorro judicial não passa livre dos vícios ordinários que todos os órgãos e cidadãos experimentam quando são submetidos às forças do Poder Judiciário, de modo que o acesso a esta via não significa, necessariamente, uma garantia de que o particular irá alcançar uma justa contraprestação quando do término da ação expropriatória. Convém, pois, seja demonstrada a mais pura realidade do cenário judicial da desapropriação.

2.3.2. A arcaica imissão provisória na posse e suas mutações pretorianas

Iniciado o procedimento judicial da desapropriação, costumam os entes públicos, na ampla maioria dos casos, formular pedido de imissão provisória na posse pautado na alegação de urgência pública. O intuito primordial deste instrumento é o de conceder celeridade à entrada do Poder Público ou de seus delegados na propriedade privada, a facilitar, conseqüentemente, o cumprimento do cronograma de determinada obra estatal.

Trata-se, pois, em linguagem coloquial, de uma “faca de dois gumes”. De um lado, tem-se uma Administração Pública ávida para dar entrada na propriedade particular, motivada por um cronograma usualmente acanhado e por uma necessidade de dar concretude às suas promessas políticas. Por outro lado, tem-se um particular que já foi apresentado a uma oferta que julgou insatisfatória, sujeito a conceder parte ou a integralidade de seu patrimônio, de modo definitivo⁶⁶, para a Administração Pública. Ao centro, sobressai uma legislação de regência indiscutivelmente desatualizada, figurada na Lei Básica de Desapropriação e no Decreto-lei nº 1.075/70, que peca

⁶⁶ Não há como se defender tese contrária. Uma vez entregue o bem às mãos da Administração e iniciadas as obras públicas, concretiza-se a perda *prática* da propriedade particular. Eis o porquê do adjetivo “provisório” ser tão equivocado, já que, na verdade, há um desapossamento **prévio** da desapropriação. Neste sentido: HARADA, Kiyoshi. Op. cit. p. 107.

magistralmente em conjugar de modo equânime os interesses públicos e privados em jogo.

Pois bem. Como regra geral, o Decreto-Lei nº 3.365 de 1941 disciplina, em seu artigo 15, as obrigações a serem tomadas pelo expropriante para que o Juízo possa deferir sua imissão imediata na posse do imóvel, independentemente da citação do réu. Para tanto, é necessário(a): (i) a alegação de urgência; e, (ii) o depósito prévio da quantia arbitrada, a ser calculada com base nos ditames das alíneas ‘a’ até a ‘d’, que devem ser seguidas em sua ordem⁶⁷. Sucede que, por razões óbvias, tanto a forma de imissão na posse prevista quanto à forma de cálculo da oferta, provocaram inúmeras manifestações de irresignação dos expropriados. Em relação à primeira, avocou-se o fato de que as Cartas Constitucionais, desde aquela do período Imperial (1824), já dispunham sobre o critério da previdência da indenização, fato que constituiria óbice a entrada do Poder Público sem o depósito do real valor do imóvel avaliado. Quanto à segunda, complementar e ainda mais grave do que a primeira, advogou-se que os critérios adotados pela Lei Geral de Desapropriação colocavam em risco o princípio do “justo preço”, porquanto os parâmetros legais utilizados – valor locativo e valor cadastral do imóvel – raras vezes correspondiam à realidade econômica do momento, o que viabilizava a entrada da Administração Pública no imóvel mediante ofertas claramente incompatíveis com o real valor do bem.⁶⁸

Assim, diante dessa conjuntura prática e legal perniciosa, o legislador nacional editou o Decreto-Lei nº 1.075 de 1970, disciplinador da imissão provisória na posse relativa aos prédios urbanos residenciais habitados pelo proprietário ou pelo compromissário-comprador. Neste distinto decreto, o legislador ordinário, ao visar

⁶⁷ Nos termos do artigo 15: “Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens; § 1º A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito: a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial; b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido; c) 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; d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originariamente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel.” Veja-se a distinta linha de palavras da mais renomada doutrina da época, vocalizada por Hely Lopes Meirelles: “a fixação da importância do depósito a ser feito em juízo, para obter-se a imissão provisória na posse, não fica ao alvedrio do expropriante, nem do juiz, nem do expropriado”. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 503.

⁶⁸ Cfr. HARADA, KIYOSHI. Op. cit. pp. 107-134.

atender às súplicas dos expropriados⁶⁹, entendeu por bem condicionar a imissão provisória na posse à prévia oitiva do particular, que, ao impugnar o valor apresentado, abre ao Juízo as vias para servir-se de laudo formulado por perito avaliador; caso constatado valor superior à oferta pública, caberá ao expropriante complementar o depósito para que este atinja a metade do valor arbitrado, momento em que será autorizada a imissão provisória na posse do interessado e continuada a ação de desapropriação no seu rito ordinário.⁷⁰

Destarte, é indiscutível que, num panorama geral, a nova lei comportou consigo valiosos avanços quanto ao respeito à dicção constitucional da “justa e prévia indenização”, na medida em que ofertou ao expropriado um renovado mecanismo de participação na lide antes do seu desapossamento. Porém, os motivos para comemoração não são muitos, pois: (i) a mesma se limita aos casos de imóveis residenciais – como se a Constituição Federal ordenasse algum tipo de distinção entre os tipos de propriedade!; (ii) a ideia de cálculos parametrizados em critérios defasados foi perpetuada; e, (iii) o diploma restringiu a complementação do depósito tão somente à metade do valor arbitrado.

Aliás, no que diz respeito à compatibilidade das normativas legais com a própria Constituição Federal de 1988, é imperioso dizer que o Supremo Tribunal Federal, até o presente momento, não pronunciou a inconstitucionalidade dos

⁶⁹ Cabe aqui uma breve explicação. À época do Decreto-Lei nº 1.075 de 1970, a cidade de São Paulo experimentava um ‘boom’ expropriatório, que resultou na expropriação em massa de milhares de alojamentos familiares. É por isso que o próprio decreto inicia, já em suas considerações, a aduzir que: “CONSIDERANDO que, na cidade de São Paulo, o grande número de desapropriações em zona residencial ameaça desalojar milhares de famílias; CONSIDERANDO que os proprietários de prédios residenciais encontram dificuldade, no sistema jurídico vigente, de obter, *initio litis*, uma indenização suficiente para a aquisição de nova casa própria; CONSIDERANDO que a oferta do poder expropriante, baseada em valor cadastral do imóvel, é inferior ao valor real apurado em avaliação no processo de desapropriação; CONSIDERANDO, finalmente, que o desabrigo dos expropriados causa grave risco à segurança nacional, por ser fermento de agitação social.” (Grifos nossos)

⁷⁰ Decreto-Lei nº 1.075 de 1970: “Art 1º Na desapropriação por utilidade pública de prédio urbano residencial, o expropriante, baseado urgência, poderá imitar-se provisoriamente na posse do bem, mediante o depósito do preço oferecido, se este não for impugnado pelo expropriado em cinco dias da intimação da oferta. Art 2º Impugnada a oferta pelo expropriado, o juiz, servindo-se, caso necessário, de perito avaliador, fixará em quarenta e oito horas o valor provisório do imóvel. Parágrafo único. O perito, quando designado, deverá apresentar o laudo no prazo máximo de cinco dias. Art 3º Quando o valor arbitrado for superior à oferta, o juiz só autorizará a imissão provisória na posse do imóvel, se o expropriante complementar o depósito para que este atinja a metade do valor arbitrado. Art 4º No caso do artigo anterior, fica, porém, fixado em 2.300 (dois mil e trezentos) salários-mínimos vigentes na região, e máximo do depósito a que será obrigado o expropriante.”

dispositivos acima mencionados. Ao revés, a Corte Suprema tende ao entendimento de que tais legislações foram recepcionadas pela Carta de 1988 (RTJ 101/717).⁷¹

Todavia, apesar da insistência legislativa e da sólida jurisprudência do STF favorável à fazenda pública, começaram a avultar nas camadas inferiores do Poder Judiciário brasileiro – mais próximas da realidade concreta da ação de desapropriação – movimentos tencionados à reconfiguração do procedimento judicial expropriatório como até então entendido. Nesta senda, a principal reação ao tema veio do judiciário paulista, o qual, após uma onda de calotes públicos encetados por precatórios judiciais não pagos⁷², encontrou na lapidar lição de Homero Benedicto Ottoni Netto, juiz da 1ª Vara da Fazenda Municipal, a defesa dos expropriados constrangidos por uma Administração Pública irrefreável. Pedimos vênias, pois, para transcrever o extenso voto, cuja maestria não pode ser copiada:

“A garantia constitucional do direito de propriedade, ao excepcionar a plenitude desse direito através da desapropriação, exige que a indenização remuneratória seja justa e prévia. A edição original do Decreto-lei 3.365/41 não cogitava de válvulas para o procedimento judicial formalizador do ato discricionário no que interessa à questão. Sucessivamente, porém, algumas regras foram instituídas possibilitando a imissão provisória na posse dos imóveis expropriados mediante depósito de quantias simbólicas, situação que veio a culminar com as disposições contidas no Decreto-lei 1.075/70 que determina a realização de avaliação prévia e depósito de 50% do valor encontrado para o deferimento da imissão provisional quando o imóvel é

⁷¹ Em citação a outros julgados: “*Desapropriação. Depósito prévio. Imissão na posse. Precedentes da Corte. 1. Já assentou a Corte que o 'depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo conforme o artigo 5º, XXIV, da Lei Maior de 1988', com o que não existe 'incompatibilidade do art. 3º do Decreto-Lei nº 1075/1970 e do art. 15 e seus parágrafos, Decreto-Lei nº 3365/1941, com os dispositivos constitucionais aludidos (incisos XXII, XXIII e XXIV do art. 5º e 182, § 3º, da Constituição)' (RE nº 184.069/SP, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 8/3/02). Também a Primeira Turma decidiu que a 'norma do artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento de metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a Carta precedente (RE 89.033 - RTJ 88/345 e RE 91.611 - RTJ 101/717) e nem o é com a atual' (RE nº 141.795/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 29/9/95). 2. Recurso extraordinário conhecido e provido”. RE 191.078/SP, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma. No mais, é bom ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já editou súmula compreendendo pela compatibilidade da imissão provisória na posse da LGD com os valores constitucionais, *verbis*: “**Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do Decreto-lei 3365/1941 (Lei da desapropriação por utilidade pública).**” (Grifos nossos). Cfr. também: HARADA, Kiyoshi. Op. cit. p. 109.*

⁷² Quanto ao tema dos precatórios judiciais, ver tópico *iv*.

ocupado pelo expropriado. Todas essas alterações fundaram-se na interpretação política de que a anterioridade da indenização seria relativa à imissão definitiva na posse do bem, prevista pelo art. 29, do Decreto-lei 3.365/41. Todavia, face à gravidade da conjuntura atual, a interpretação do dispositivo constitucional deve ser revista, mormente quando o expropriante é o Poder Público diretamente. Urge, para que seja restaurado o crédito público da Administração e afastado o conceito negativo que vem maculando o Poder Judiciário, que o momento constitucional cogitado pelo art. 153, § 22, da Constituição Federal seja aquele imediatamente anterior aos incômodos causados ao expropriado com a perda do imóvel já no limiar da ação expropriatória. As Fazendas Públicas de São Paulo, a Estadual e a Municipal da Capital encontram-se afogadas por milhares de precatórios extraídos de ações antigas, iniciadas por governos passados [...] provocando situação de notória falência do erário público com as sérias e intransponíveis consequências que tal problema acarreta. No que tange às despesas com a desapropriação, as Administrações vêm desprezando a rubrica por ocasião da elaboração do orçamento, procurando relegar para suas sucessoras os encargos da obra que executam com o conhecimento prévio da indisponibilidade de recursos. Conscientes da total inexistência de meios para o pagamento das desapropriações (não previstas no orçamento em termos reais), os maus administradores não titubeiam em iniciar a execução da obra pública, jogando nas largas costas do Poder Judiciário a carga da composição final do preço da indenização, cujo pagamento formalizará o ato discricionário consubstanciado no decreto expropriatório. Aproveitando-se de lei antiga, com dispositivos cuja quase totalidade está defasada no tempo, mormente no que tange ao procedimento judicial da expropriação, o Poder Público tumultua um processo que se pretendia fosse célere para satisfação dos interesses público e privado envolvidos na relação de direito material deteriorada com a edição do decreto expropriatório. Despreparados econômica e financeiramente para execução do melhoramento, ignoram os expropriantes as disposições da lei especial quando regula a fase administrativa da expropriação e cuida de sua composição amigável. [...] As Fazendas Públicas, na palavra dos próprios governantes, estão falidas, mas as obras continuam a ser iniciadas e

novas ações expropriatórias vêm sendo propostas sem que a Administração tenha tratado de cumprir, antes, as obrigações representadas por milhares de ofícios requisitórios que lhe são encaminhados relativamente às desapropriações já idosas. Esse quadro geral que a má administração da coisa pública montou com reflexos intensos no Poder Judiciário, envolvido nesse caos pela desleal utilização de legislação superada e obsoleta que o Poder Público, por motivos óbvios, não se preocupa em atualizar e adequar à realidade de 1985 que, à evidência, é diferente daquela que envolvia o contrato social de 1941. **Gerado no ventre sombrio da ditadura e acalentado por sucessivos governos discricionários, o Decreto-lei 3.365/41 não consegue resistir mais ao embate da brisa que os ideais democráticos começam a soprar no país.** As disposições que contém, no sentido de vedar ao Poder Judiciário o exame de certas questões inerentes à desapropriação perdem o vigor e se esfacelam quando se chocam com a disposição constitucional que assegura o acesso ao Poder Judiciário àquele que se sentir lesado em qualquer de seus direitos. Assim, respeitada a exclusividade do juízo de conveniência outorgado ao Executivo para ditar o momento e as causas da expropriação, ao Judiciário compete zelar pelo procedimento judicial a ser observado, interpretando as disposições legais que o orientam, aplicando-as segundo o momento sócio-político-econômico em que é acionado para a entrega da prestação jurisdicional que, na hipótese, como já ficou dito, reside na composição do justo preço da indenização devida pela desapropriação. Com exceção de uns poucos casos envolvendo grandes empresas, ou particulares instalados nas mais elevadas camadas da escala social, as ações expropriatórias movidas pela Administração direta arrastam-se por vários anos sacrificando pessoas humildes, que, de repente, se veem desalojadas de suas habitações passando a suportar os encargos de ordem imaterial que a composição final do preço da indenização jamais compensará. A angústia gerada pela insegurança causada pela perda do abrigo, o desalojamento, a procura de nova casa, a desagregação familiar que passa a rondar o grupo, enfim, toda uma gama de problemas à sombra dos quais formam-se quadrilhas de aproveitadores que, quando não a provocam se aproveitam da procrastinação indiscriminada das expropriatórias, nascida do interesse

maior de jogar os encargos financeiros da desapropriação para as administrações futuras, e passam a comprar por preços vis os direitos desses pobres infelizes bancando a desapropriação para auferir lucros vultosos. **A desapropriação tem representado para as classes menos favorecidas de fortuna uma verdadeira tragédia.** Porém, não é só o particular sem recursos que sofre. **Sofre também, e muito, o erário público.** É que os fatores da indexação alteram os valores imobiliários numa ordem de grandeza sensivelmente superior àquela que determina a elevação natural do mercado específico. [...] *A atualização automática dos débitos levará aos cofres públicos a insolvência e a correção provocada eternizará os pagamentos com sacrifício do expropriado e do expropriante.* O quadro aqui descrito obriga a mudança da interpretação que vem sendo dada à disposição Constitucional no que respeita ao conceito da ‘prévia indenização’. Com o depósito do valor real do imóvel expropriado em conta bancária com correção monetária juntamente com inicial da ação, o governo fica livre das incertezas naturais provocadas pela variação da atualização dos preços e o expropriado receberá o preço atual do bem perdido tão logo o processo judicial termine, sem necessidade de aguardar, por anos, nas filas provocadas pelo represamento dos precatórios. Somente assim a indenização prévia será, também, justa. Para atingir esse objetivo, determino a avaliação definitiva do imóvel [...], fixando, para tanto o prazo de dez dias. Nomeio perito [...]. Com o depósito em conta com a correção monetária, do valor alcançado, expeça-se o mandado de imissão provisional na posse do imóvel”.⁷³

Veja-se que a distinta decisão transcrita busca colocar um termo nas infundáveis e nocivas práticas administrativas perpetradas contra o particular, condicionando a entrada do Poder Público no imóvel ao depósito integral do valor alcançado em laudo pericial. Inaugurou-se, pois, no seio do Poder Judiciário brasileiro, um movimento voltado à mitigação dos danos referentes a uma aplicação fria da Lei Básica de Desapropriação.

⁷³ Proc. 563/85 – DESAP – PMSP x NELSON FINOZZI – fls. 14/18. DOE de 30.08.1985. p. 103.

Nesta esteira, passou-se, principalmente em virtude da renovação democrática da Constituição Federal de 1988, a não mais ser aceita a imissão provisória na posse como antes concedida, cujo reflexo pode ser visto no teor do Incidente de Uniformização de Jurisprudência do Recurso Especial nº 19.647/SP: “A imissão provisória em imóvel expropriado somente é possível mediante prévio depósito de valor apurado em avaliação judicial provisória.”⁷⁴

Perceba-se a dificuldade encontrada pelo Poder Judiciário para implementar modificação jurisprudencial tão necessária e básica ao instituto da expropriação, o que nos revela certas conclusões sobre o trato administrativo e jurisdicional da matéria no novíssimo Estado Democrático de Direito brasileiro, quais sejam: (i) a existência de uma notória dificuldade do Estado brasileiro de se distanciar das tradições administrativas passadas, na medida em que a referida injustiça legal somente veio a ser definitivamente contornada em 1994, ou seja, cinquenta e três anos após a edição da LGD; (ii) que a previsão de um procedimento judicial da desapropriação não significa, por si só, uma garantia de segurança do administrado, dado que as decisões expressadas somente puderam ser veiculadas em virtude dos novos ares democráticos que circundavam o país à época; e, (iii) talvez a mais importante, que a Constituição Federal de 1988 representa verdadeiro marco histórico para novas formas de raciocínios jurídicos e administrativos no Brasil, necessitando, todavia, que as legislações ordinárias e a Administração Pública se adaptem aos seus mandamentos.

Obtidas as sucintas conclusões e compreendida a realidade de uma parte do procedimento judicial de desapropriação, é que se passará agora ao estudo de momento processual posterior, tão importante quanto, que muitas vezes formaliza o aspecto mais significativo do instituto: a justa indenização.

2.3.3. Os juros aplicáveis à justa indenização

Se para o expropriante o que interessa é a inserção da propriedade no seu patrimônio, no rumo contrário, o que importa ao expropriado é o recebimento da “justa e prévia indenização”. É dentro deste conceito, que abarca dois adjetivos

⁷⁴ Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 01/08/1994, p. 18.578.

complementares e norteadores da interpretação legal, que vêm as Cortes nacionais procurando harmonizar as disposições do Decreto-lei 3.365/41 com as ambições constitucionais relativas ao pagamento da expropriação.

É importante salientar, de imediato, que aqui nos fugirá o interesse quanto aos métodos avaliatórios empregados para o alcance de um valor considerado “justo”, uma vez que sobre este tópico já se é discutido à exaustão na doutrina.⁷⁵ Com efeito, nosso enfoque recairá sobre as discussões doutrinárias, legais e constitucionais relativas à metodologia do pagamento da indenização expropriatória e as complexas consequências jurídicas de sua adoção, a partir de agora demonstradas.

Como visto há pouco, a expropriação no Brasil costuma decorrer por meio de tortuoso processo judicial, cujo término é usualmente desconhecido por ambos os interessados. Isto significa dizer que a entrega jurisdicional – lenta como um todo – precisa dispor de mecanismos compensatórios que englobem todos os interesses em jogo, a garantir, por exemplo, àquele que se vê despojado previamente de seu imóvel algum tipo de acréscimo pecuniário pelo ato de disposição.

Assim, é dentro deste quadro prático e jurídico desenhado que se inserem dois acessórios indispensáveis a quase todas as desapropriações que correm pelos rios judiciais: os juros moratórios e compensatórios. Conceitualmente compreendido como o preço do uso do capital, sendo *compensatório* quando reflete os frutos do montante empregado e *moratório* quando constitui indenização pelo prejuízo resultante do retardamento culposos,⁷⁶ a matéria dos *juros* pode ser entendida como uma daquelas que mais tormento causa às partes processuais.

Isso porque sua aplicação irá variar de acordo com acontecimentos processuais típicos da desapropriação e, também, com critérios especiais de pagamento criados em favor da Fazenda Pública e alheios à didática do Decreto-lei n. 3.365/1941. Por isso, convém ao presente estudo realizar um corte analítico para melhor esclarecer o

⁷⁵ Para um interessante estudo do tema da justa indenização expropriatória no Brasil, cfr. CUSTODIO, Vinícius Monte. *Expropriações por Utilidade Pública: um novo olhar sobre o direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Coimbra, 2013. p. 35-65.

⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. 30ª ed, vol. II. Ed. Saraiva. São Paulo. 2002. p. 257.

ponto, que diz respeito à existência ou não do depósito da oferta para fins de imissão provisória na posse.

É que nas raríssimas vezes em que não há decretação de urgência, e, conseqüentemente, pedido de imissão provisória, seguirá o procedimento expropriatório seu rumo ordinário, até que se chegue a uma sentença declaratória fixadora da “justa indenização”, cujo método de pagamento será feito via precatório judicial. Já naqueles casos em que há decretação de urgência, e, por consequência, pedido de imissão provisória na posse deferido,⁷⁷ também seguirá a desapropriação pelo rumo ordinário, só que agora com o acréscimo jurisprudencial de *juros compensatórios*, o que, ao final, provocará impactos expressivos sobre os cálculos da indenização.

Explica-se: criados jurisprudencialmente como resposta à ideia de que somente seriam aplicáveis juros de mora à Fazenda Pública após o trânsito em julgado da decisão,⁷⁸ os *juros compensatórios* nascem como uma medida de reparação daqueles administrados que se viam despojados de seus bens nas chamadas desapropriações indiretas. A percepção básica era: uma vez que o administrado fosse ilicitamente desapossado, sem o depósito da oferta pública, passaria este a fazer jus ao recebimento de uma contraprestação pecuniária – *juros compensatórios* - cumulada com a futura indenização do imóvel.

Com o passar do tempo, no entanto, tal entendimento passou a se estender também às desapropriações ordinárias ou diretas, de modo que, sempre que seja deferida e realizada a imissão provisória na posse, deverá o expropriante arcar com o pagamento de *juros compensatórios* em função da “perda”⁷⁹ antecipada do bem,

⁷⁷ Remeta-se o leitor ao item anterior, no qual se demonstrou a consolidação jurisprudencial que exige a avaliação pericial do juízo, com o depósito do valor apresentado pelo laudo técnico, antes do deferimento da imissão provisória na posse.

⁷⁸ Tratava-se do já não mais vigente artigo 3º do Decreto nº 22.785 de 31/05/1933: “Art. 3º A Fazenda Pública, quando expressamente condenada a pagar juros da mora, por estes só responde, da data da sentença condenatória, com trânsito em julgado si, se tratar de quantia líquida; e da sentença irrecurável que em execução fixar o respectivo valor, sempre que a obrigação for ilíquida.”

⁷⁹ O uso das aspas se justifica pela noção de que a perda do bem expropriado, com a conseqüente transferência da propriedade para o expropriante, somente vem a se consolidar com o efetivo pagamento da *justa indenização*. É que o STF difere a perda da posse da perda da propriedade, pelo que tão somente nesta recai o dever da *justa e prévia indenização*. Eis o julgado: “Desapropriação. Imissão prévia na posse. Discute-se se a imissão provisória na posse do imóvel expropriado, *initio litis*, fica sujeita ao depósito integral do valor estabelecido em laudo do perito avaliador, se impugnada a oferta pelo expropriado, ou se, por força dos parágrafos do art. 15 do Decreto-lei n. 3365/1941 e do art. 3º do

conforme expressado pela Súmula nº 164 do Supremo Tribunal Federal: “No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.” Soma-se a esta previsão a súmula complementar de nº 618: “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.” Consolidou-se, pois, entendimento pretoriano de que em todas as desapropriações caberá ao expropriante o pagamento de *juros compensatórios*, à taxa de 12% a.a.⁸⁰, até o definitivo pagamento da indenização – desde que haja imissão provisória na posse e se chegue, no futuro, em valor superior à oferta depositada.⁸¹

Até então, o exposto é complexo e exige atenção, o que não impede que a matéria se aprofunde ainda mais. É porque, para além da incidência dos *juros compensatórios*, cuja discussão procuramos simplificar, também incidirão nas desapropriações os *juros moratórios*. Justificados pelo prejuízo resultante do retardamento culposos, neste caso, pela demora no pagamento da justa e prévia indenização, os *juros moratórios* nas expropriações diretas correm à taxa de 6% a.a., contados a partir do trânsito em julgado da ação de desapropriação.

O resultado disto é que, transitada a ação em julgado, passará a correr contra o expropriante a acumulação dos juros na ordem de 18% a.a., considerada legítima tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal,⁸² mas que não

Decreto-lei n. 1075/1970, é possível, aos efeitos indicados, o depósito pelo expropriante da metade do valor arbitrado. **O depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo conforme art. 5º, XXIV, da Constituição.** Não incidência do art. 182, § 4º, III, da Lei Maior de 1988. A imissão provisória na posse pressupõe a urgência do ato administrativo em apreço. Inexistência de incompatibilidade, do art. 3º do Decreto-lei n. 1075/1970 e do art. 15 e seus parágrafos, Decreto-lei n. 3365/1941, com os dispositivos constitucionais aludidos (incisos XXII, XXIII e XXIV do art. 5º e 182, § 3º, da Constituição)." RE 184.069, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 5-2-2002, Segunda Turma, DJ de 8-3-2002.

⁸⁰ Esta é hoje a taxa utilizada. Houve tentativas, por meio de medidas provisórias, de reduzi-la a 6% a.a., o que veio a ser afastado pelo STF por contrariar o verbete de nº 618 desta Corte Superior.

⁸¹ Cfr. HARADA, Kiyoshi. Op. cit. p. 165. Como não poderia deixar de ser, há sempre um grau maior de complexidade, na medida em que este cálculo dos juros compensatórios somente poderá recair sobre a diferença existente entre 80% do valor depositado para fins de oferta e o valor do bem fixado na sentença. Isto porque, a LGD permite ao expropriado o levantamento de 80% do valor depositado, caso este queira dar continuidade ao procedimento judicial. Art. 33, §2º: “§ 2º O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto neste e no art. 15, observado o processo estabelecido no art. 34.”

⁸² Neste sentido, Súmula nº 12 do STJ: “**Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.**” No STF: “Desapropriação. Juros moratórios e compensatórios entre a data da conta em liquidação da sentença e a do efetivo pagamento. Pagamento devido. - A orientação mais recente do Plenário desta Corte (RE 90.656, julgado em 1.07.80) e no sentido de que, até o trânsito em julgado da

passa sem críticas pela doutrina e jurisprudência. A primeira razão, explicitada pelo então Ministro Moreira Alves, é a de que “não tem sentido [...] que o expropriado que não é proprietário, ao mesmo tempo, da coisa e do dinheiro correspondente à indenização pela desapropriação dela, tenha juros compensatórios pela privação do uso da coisa expropriada e, concomitantemente, juros moratórios por ainda não receber o valor da indenização.”⁸³ A segunda razão reside no fato de que os juros, na ordem de 18% a.a., gerariam um rendimento inexistente no mercado financeiro, ponto este defendido por Kiyoshi Harada.⁸⁴

Seja a aplicação cumulada dos *juros* justa ou não, a verdade é que esta aplicação bem reflete mais uma tentativa do Poder Judiciário brasileiro para inibir o comportamento nocivo da Administração Pública em matéria de desapropriação, transformando o retardo no pagamento num ônus punitivo do Poder Público. Cumpre salientar, ainda, que a aplicação dos *juros* não se confunde com atualização monetária, razão pela qual também recairá sobre o cálculo indenizatório os fatores de correção da moeda, atualmente consolidados pelo índice IPCA-E.⁸⁵

2.3.4. O pagamento da justa e prévia indenização via precatório judicial

A questão posta requer esforço hercúleo. A uma, pois o jurista lusitano não conhece no seu universo jurídico de instrumento semelhante. A duas, porque a matéria, por si só, constitui um emaranhado de normas jurídicas de difícil compreensão levadas a cabo pela Constituição Federal. Por fim, em terceiro lugar, porque o Supremo Tribunal Federal constantemente aprecia a matéria e profere decisões sobre a (in) constitucionalidade das velhas e novas disposições provenientes das Emendas Constitucionais.

sentença prolatada em ação de desapropriação, somente fluem juros compensatórios, sendo que, **a partir de então e até o efetivo pagamento, se acumulam juros compensatórios e moratórios**. - Como se vê do decidido no RE 108.354 (Segunda Turma, relator o Sr. Ministro Djaci Falcão), que foi trazido a colação pelos recorrentes (fls. 1019/1023), **este Tribunal tem entendido que o pagamento de juros devidos por desapropriação decorre do princípio constitucional do justo preço** (par-22 do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o inciso XXIV do art. 5. da atual Constituição). Recurso extraordinário conhecido e provido. RE 130.586/PR, Min. Rel. Moreira Alves, Primeira Turma, julgamento em 03/12/1991.

⁸³ RE nº 90.656/SP, Min. Relator Soarez Munõz, RTJ 99/715.

⁸⁴ Op. cit. p. 167.

⁸⁵ A questão aqui é recentíssima, propalada na tese de nº 810, do RE 870.947/SE, Rel. Min. Luis Fux, julgado em 20/09/2017.

Assim, iniciemos por partes. O precatório judicial possui a natureza jurídica de um título de dívida pública ou de um título de crédito⁸⁶, a ser adimplido consoante as determinações constitucionais. Diferentemente de Estados soberanos estrangeiros, no Brasil, qualquer condenação pecuniária emanada contra a Fazenda Pública, no seio judicial, deverá ser sucedida de uma requisição de pagamento feita pelo Presidente do Tribunal, a partir da qual será gerado um precatório judicial correspondente ao processo de origem.⁸⁷

Esta requisição de pagamento – que origina cada precatório judicial – passa a ser inscrita numa lista de precatórios, cujo adimplemento far-se-á exclusivamente na ordem cronológica de suas apresentações. Vejamos, pois, o tratamento constitucional da matéria:

“Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

Perceba-se, inicialmente, que a letra constitucional não faz distinção aos tipos de sentenças judiciais, motivo pelo qual os créditos expropriatórios alheios à oferta para fins de imissão provisória na posse – ex.: diferenças indenizatórias encontradas, juros de mora e compensatórios, correção monetária e honorários advocatícios -, serão pagos tão somente via precatório judicial. Ora, mas quais são as razões do alarde? As mais variadas possíveis.

Primo, porquanto, de acordo com as próprias disposições constitucionais modificadas pela EC nº 62 de 2009, é instituído um lapso temporal de pagamento de até 18 (dezoito) meses, configurado entre a inscrição do precatório e sua data de quitação,

⁸⁶ HARADA, Kiyoshi. Op. cit. p. 185.

⁸⁷ De acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, precatórios são “requisições de pagamento expedidas pelo Judiciário para cobrar de municípios, estados ou da União, assim como de autarquias e fundações, o pagamento de valores devidos após condenação judicial definitiva.”. Vide: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/precatorios>. Acesso realizado em: 31 de janeiro de 2018.

dentro do qual a Fazenda Pública possui certa liberdade administrativa para quitar seus débitos. Eis os termos:

“§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, **fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte**, quando terão seus valores atualizados monetariamente.”⁸⁸

Secundo, e em complementação ao anterior, pois caminha o entendimento do Supremo Tribunal Federal, veiculado pela Súmula Vinculante nº 17, pretérita à emenda, de forma a dar ainda maiores vantagens à Fazenda Pública, *verbis*: “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.”. Isto é, neste íterim de até 18 (dezoito) meses, posiciona-se a jurisprudência da Corte Superior no sentido de que não caberá o cômputo de juros de mora, de sorte que somente depois de expirado o prazo para o pagamento do precatório – término do exercício financeiro seguinte – é que poderá ser aplicado o juro em comento. Trata-se, a toda evidência, de um absurdo jurídico, pois concede à Administração Pública uma faculdade jamais permitida ao administrado, qual seja, de retardar um pagamento por até dezoito meses sem que sobre este corram juros de mora.⁸⁹⁻⁹⁰

A confusão somente aumenta quando o próprio Supremo Tribunal Federal, em recente discussão, prolata acórdão novel, através do qual consigna que os mesmos

⁸⁸ A exemplificar: o precatório apresentado até 1º de julho de 2018, passa a ser comunicado ao ente público, que deverá incluí-lo em sua dotação orçamentária do exercício financeiro seguinte, de modo que este se verá obrigado a adimpli-lo até o dia 31 de dezembro de 2019.

⁸⁹ Em matéria de desapropriação, o absurdo é solidificado pela jurisprudência seguinte: “DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. PRECATÓRIO. ART. 78 DO ADCT. JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a “**condenação ao pagamento de juros moratórios firmada na sentença com trânsito em julgado não impede a incidência da jurisprudência deste Supremo Tribunal, que afastou a caracterização da mora no prazo constitucional para pagamento de precatórios**” (AI 850.091-AgR, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia).[...]” Ag. Reg. no AI 597.598/SP, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, DJ de 27/10/2017.

⁹⁰ Cumpre ressaltar, no entanto, que tal entendimento pode vir a ser modificado por meio da Proposta de Verbete Vinculante nº 111 do STF, na medida em que a emenda constitucional nº 62 de 2009 teria impedido este tipo de compreensão jurídica. Todavia, enquanto nada for decidido, permanece plenamente aplicável o verbete sumular nº 17.

juros de mora devem incidir entre a data da realização dos cálculos e a da requisição do precatório, ou seja, naquele período pretérito à sua apresentação pelo Presidente do Tribunal local.⁹¹ No mais, uma vez apresentado o precatório, suspende-se o cômputo dos juros de mora. É, infelizmente, uma desordem jurisdicional.

Tertio, e aqui reside uma das maiores afrontas do Estado brasileiro frente aos seus cidadãos, podemos encontrar a razão dos *calotes constitucionais e práticos* corriqueiramente perpetrados pelos entes públicos. É que, assoberbadas em dívidas e plenamente conscientes da condescendência constitucional em relação aos maus governantes, não raro as entidades públicas - nomeadamente aquelas em níveis municipais e estaduais - retardam o pagamento dos precatórios judiciais, às vezes por décadas a fio, a condicionar seus credores a esperas de pagamento superiores a qualquer critério de razoabilidade e proporcionalidade.⁹² Soma-se a isto a permissividade do constituinte originário e derivado, que instituiu, na Constituição Federal, por três vezes, moratórias para pagamento de precatórios judiciais.

Estas são evidenciadas nos artigos do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), mais precisamente no originário artigo 33 – o qual possibilitava o pagamento de precatórios em parcelas anuais, iguais e sucessivas no prazo máximo de oito anos -, no artigo 78 – criado pela Emenda nº 30 de 2000, possibilitava o pagamento em prestações anuais, iguais e sucessivas no prazo máximo de dez anos – e, por fim, no artigo 97 – criado pela Emenda nº 62 de 2009, que possibilita um regime próprio de quitação pelo prazo de quinze anos, vigente até hoje.

Como se não fosse bastante o prejuízo sofrido pelo particular e credor da Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal - ao apreciar a matéria relativa à

⁹¹ Ementa: “JUROS DA MORA – FAZENDA PÚBLICA – DÍVIDA – REQUISIÇÃO OU PRECATÓRIO. Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.” RE 579.431/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 19/04/2017. A nosso ver, trata-se de decisão louvável, que talvez possua sua razão de ser na pessoa do relator, Min. Marco Aurélio, que não se omite a discordar da Súmula Vinculante nº 17.

⁹² Uma simples pesquisa nos sítios de busca bem nos revela os problemas. Em estado como o do Rio Grande do Sul, há precatórios em que o administrado espera o pagamento desde 1987!! BUBLITZ, Juliana. *Precatórios: a espera das famílias Gobbo, Gobatto e Manica continua*. In: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/12/precatorios-a-espera-das-familias-gobbo-gobatto-e-manica-continua-cjar6lw9z01g901mkigumvytj.html>. Acesso realizado em: 31 de janeiro de 2018. No Estado do Rio de Janeiro, tanto por experiência própria na advocacia quanto pelo noticiário, podemos encontrar precatórios pendentes de pagamento desde os anos 2000. OAB – Rio de Janeiro. In: <https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/112331660/tj-comeca-a-pagar-nesta-quarta-feira-precatorios-atrasados-do-estado>. Acesso realizado em 31 de janeiro de 2018.

moratória dos precatórios e à incidência ou não dos juros compensatórios sobre esta modalidade parcelada de pagamento - entendeu pela não incidência destes juros sobre os pagamentos de precatórios regidos pelo artigo 33 do ADCT. Quer dizer, naquelas desapropriações em que o expropriado possui direito à percepção de valores via precatório judicial, estando estes condicionados ao regime especial criado pela moratória – artigo 33 do ADCT -, sobre os cálculos não incidirão juros moratórios e compensatórios.⁹³

Com efeito, na tentativa de condicionar os interesses especiais de pagamento da Administração Pública – válidos para todas as sentenças condenatórias em pecúnia contra a Fazenda – com as diretrizes constitucionais da “justa e prévia indenização” da desapropriação, a Corte Suprema brasileira acabou por criar um verdadeiro alvoroço jurídico, pois, ao mesmo tempo em que entrega ao expropriado uma contraprestação pecuniária travestida nos juros, retira do expropriado a incidência dos mesmos dentro do período constitucional de pagamento dos precatórios.

Ante o exposto, é lastimável o tratamento do Poder Público – ratificado pelo STF - frente ao administrado. Condicionar o expropriado a critério de pagamento tão sórdido, ainda que relativo à parcela da justa indenização, constitui afronta escancarada ao princípio constitucional da justa e prévia indenização. Ora, pagamento justo e prévio é aquele que substitui, no patrimônio do particular, o bem expropriado por seu valor correspondente de mercado, antes da perda da propriedade!

Destarte, consideramos proporcional o entendimento do STF no sentido de que a propriedade somente se perde com o pagamento integral, de modo que a perda pretérita da posse não pode ser considerada como uma violação à previdência indenizatória.⁹⁴ No entanto, a isto não se estende a constitucionalidade do aludido pagamento via precatório judicial, na medida em que condiciona o particular,

⁹³ Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIO. JUROS MORATÓRIOS. PARCELAS EM ATRASO. PRECEDENTES. **O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no sentido de que não incidem juros moratórios e compensatórios sobre o pagamento de precatórios decorrentes de desapropriação e realizados com base no art. 33 do ADCT.** Ressaltou-se, por outro lado, que os juros moratórios somente serão devidos no caso de pagamento em atraso das parcelas devidas. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. ED no RE 775.148/2015, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, Primeira Turma, DJ 10/02/2015.

⁹⁴ Cfr. jurisprudência constante da nota de rodapé nº 77.

usualmente já alijado da posse, à percepção de parcela indenizatória por instrumento público de pagamento extremamente arduo, raramente pago dentro do prazo constitucionalmente estabelecido. Receber parcela da indenização expropriatória, muitas vezes de valor significativo, após cinco, dez, e quiçá, quinze anos, corporifica uma distorção inaceitável tanto do princípio da justa e prévia indenização quanto do valor fundamental da propriedade, ambos insertos nas garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988.

A bem da verdade, é a mais pura antinomia a tentativa de conjugação da indenização prévia com algo que é moroso por natureza, mesmo que tais precatórios fossem pagos dentro do prazo constitucional. É por esta razão que caminha no Supremo Tribunal Federal – sem grandes perspectivas de sucesso – a análise quanto à constitucionalidade do pagamento de desapropriações via precatório judicial.

Encetada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, a repercussão geral da matéria alcança valor econômico e social:

“[...] Porque, de um lado, o direito à propriedade e, em específico, à justa e prévia indenização em dinheiro em caso de desapropriação correspondem à tutela mais elementar da expressão patrimonial dos indivíduos. Por outro lado, o regime de precatórios é essencial para a organização financeira do Estado. Exceções a ele devem ser vistas com bastante cautela, haja vista o potencial efeito desestabilizador das contas públicas. Relevância social, porque a desapropriação constitui uma das mais drásticas intervenções estatais sobre a autonomia individual, que, embora compensada financeiramente, impacta sobremaneira a vida dos expropriados, afetando, não raro, o direito fundamental à moradia. Por outro espectro, a viabilização de desapropriações pelo Estado é de suma importância para o atingimento de interesses sociais coletivos, como a construção de escolas e hospitais. E a observância a uma ordem cronológica de pagamentos assegura a isonomia

entre os credores judiciais do Estado e uma distribuição equânime, entre eles, dos ônus de eventual inadimplência estatal.”⁹⁵

Sobressai pouca dúvida, da leitura do próprio trecho em destaque, que a ideia de distribuição dos ônus estatais encontra-se fortemente arraigada na cultura estatal brasileira, motivo pelo qual reputamos pouco provável que o Poder Judiciário exclua das desapropriações o pagamento via precatório judicial, sobretudo pelo medo de engessar por demais a máquina pública.

Não é por esta razão, todavia, que nosso esforço teórico-jurídico deve cessar, pois provisões utópicas dantes imaginadas hoje constituem regras da vida coletiva. Neste sentido, encerraremos, no próximo tópico, com o resumo da falência da Lei Básica de Desapropriação, que não consegue atender nem aos mínimos requisitos deste instrumento jurídico, para que possamos, assim, dar entrada nas bases principiológicas de uma nova forma de pensar administrativo, moldadora de uma desapropriação com contornos mais contemporâneos.

2.4. Síntese da falência da Lei Geral de Desapropriação – uma lei que fomenta a insegurança jurídica nos expropriados e que clama por renovação

Do que se expôs até então, poucos seriam os desafortunados a defenderem a perpetuação do Decreto-lei n. 3.365/41. De fato, como se buscou comprovar em demasia, a LGD não passa de um enfermo amparado pela virilidade de uma Administração Pública que se vê saudosa dos seus antigos privilégios. Não é por acaso, então, que o Poder Público brasileiro insiste em perpetrá-la, a despeito de seu cariz amplamente autoritário.

E faz isto não pelo fato do conceito de desapropriação ser falho⁹⁶, mas sim porque sua metodologia de implementação encontra-se alicerçada numa linha procedimental altamente questionável do ponto de vista constitucional. Ora, se a Constituição Federal prevê que a indenização expropriatória há de ser “justa e prévia”, tais fatores não podem ser interpretados de modo restritivo, ou seja, unicamente

⁹⁵ Repercussão Geral no RE 922.144/MG, Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Apreciação em 29/10/2015. Cumpre informar que a Procuradoria Geral da República já emitiu parecer favorável ao pagamento por meio de precatório.

⁹⁶ Ver conceito lançado na introdução do presente capítulo.

voltados à compatibilidade do cálculo de avaliação com o real valor do bem. Muito pelo contrário, os adjetivos lançados pelo constituinte devem ser interpretados de modo harmônico, como numa troca de valores, de modo que tanto a indenização quanto o seu procedimento de pagamento sejam corporificados de forma justa e prévia.

Por consequência, peca a Lei Básica de Desapropriação quando não prevê um concreto procedimento administrativo pretérito à fase judicial – em lógica na qual a judicialização deve ser vista como a exceção e não a regra. Ora, considerada a gravidade do instrumento público em discussão, que, muita das vezes, retira famílias inteiras de local com o qual se identificam, cumpriria ao Decreto-lei nº 3.365/1941 prever um detalhado procedimento que dotasse toda e qualquer desapropriação de segurança jurídica.

Como é feito no modelo atual, cada ente da federação tem poderes discricionários elevados para formatar um procedimento administrativo que seja do seu agrado, submetendo o expropriado a procedimentos administrativos distintos no bojo do mesmo instrumento.⁹⁷ Exemplifique-se: caso um particular venha a sofrer o infortúnio de ver dois ou mais de seus bens expropriados por entes federados diferentes, haverá contra si uma real possibilidade de vir a responder pelo seu patrimônio em procedimentos díspares, na medida em que a LGD não se dispõe a tratar sobre o modelo de atuação esperado do administrador nesta fase da desapropriação. Relegar o particular a esta variação de comportamentos é retirar da propriedade o seu caráter fundamental, em frontal descumprimento a ordem constitucional vigente.

Passo a frente, peca a LGD, também, ao estabelecer mecanismos de tomada da posse pelo expropriante mediante ofertas ínfimas, que só não gravam cicatrizes maiores no administrado em razão dos esforços do Poder Judiciário para atualizar a matéria. Perverte, ao fim – e agora com a surpreendente chancela jurisdicional -, o

⁹⁷ Na esteira das impactantes obras realizadas na cidade do Rio de Janeiro, as autoridades municipais vieram a elaborar um “Manual de desapropriações de imóveis” que deve reger a atuação administrativa de seus agentes, quando da moção de desapropriações. Muito bem detalhado e com uma variedade de especificações técnicas, o procedimento apresentado visa traçar um plano municipal para aperfeiçoar e harmonizar os procedimentos expropriatórios iniciados na cidade, com uma visível intenção de fomentar o alcance de acordos administrativos. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=05d948dc-68b4-4a93-829b-c208b1da32f2&groupId=91245. Acesso realizado em: 25 de maio de 2018. É louvável a preocupação da municipalidade, mas, concomitantemente, é preocupante que cada um dos mais de 5.000 (cinco mil) municípios brasileiros, afora os Estados e a União, possam dispor ao bel-prazer sobre o *modus operandi* expropriatório que melhor os satisfaça.

próprio critério do pagamento prévio, quando o faz, na maioria das vezes, via precatório judicial. Portanto, a pergunta retórica que resta é: a que servem os mais variados estudos para consolidar o que se compreende por justo valor e seus acessórios, quando são estes submetidos à metodologia de pagamento imbuída de má-fé?

A verdade é que não se pode mais conceber pela continuação destas práticas nefastas que deturpam, com o passar do tempo, os próprios instrumentos que visavam consertá-las.⁹⁸ Segue-se daí que há uma urgência renovatória em relação ao *modus operandi* da Administração Pública brasileira, hoje em dia manifestada, a um só tempo, pelos suplícios dos administrados e pelas disposições constitucionais repulsivas destas práticas. Como resposta, acreditamos que a primeira das soluções perpassa por uma *desjudicialização da vida*,⁹⁹ tema sobre o qual não se pode compreender, sem antes adentrarmos em profundo estudo a respeito da constitucionalização do direito administrativo e da busca por práticas de composição mais céleres e justas a ambos os lados.

⁹⁸ De se lembrar, como visto no ponto 1.3, que a judicialização do processo de desapropriação surge como uma resposta aos desmandos administrativos perpetrados ainda numa França pós-Revolução.

⁹⁹ Em passagem interessante sobre o tema, ainda no voto do RE 579.431/RS, o Min. Luis Roberto Barroso bem consignou o ponto: “o Poder Público vai ter que mudar o modo como ele litiga, o Poder Público terá que mudar o modo como ele compõe litígios, porque a cultura que existe, também da parte do Poder Público, é a da judicialização de todas as questões. E nós vamos ter que partir, no Brasil, em curto prazo, para mecanismos de desjudicialização da vida. O Judiciário não é capaz de ter estrutura que possa prestar serviços adequados a tempo e a hora nesse volume. De modo que a Advocacia Pública terá que se recondicionar para a solução administrativa de boa parte do que hoje é judicializado. Portanto, para evitar que processos iniciados em 2002 terminem em 2015, nós teremos de mudar um pouco a cultura de como o Poder Público litiga, como o Poder Público comparece a juízo, seja desjudicializando o que possa ser desjudicializado, seja compondo administrativamente o que possa ser composto administrativamente, seja deixando de recorrer quando manifestamente as teses já estejam pacificadas. Penso que, em algum lugar do futuro, talvez até por iniciativa do CNJ, devemos pensar em medidas de incentivo para mudar o modo como o Poder Público litiga, que hoje ocupa um terço das demandas na Justiça brasileira.”

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O NOVO ATUAR ADMINISTRATIVO

O pecado da desapropriação no Brasil não se resume às falhas normativas da sua lei básica – conquanto sejam consideráveis. É, muito antes, um símbolo da forma como se experimenta a Administração Pública no nosso ordenamento, em que a retórica indiscriminada da sobreposição do interesse público sobre o privado teima em assentar suas raízes,¹⁰⁰ de modo a legitimar os já não mais aceitáveis argumentos de “critério de conveniência e oportunidade” do Poder Público.¹⁰¹

A lógica administrativa contemporânea há de ser outra, para os males daqueles que se acometem de saudade das regalias passadas. O Estado e, por consequência, o administrador público, devem satisfação agora, antes de qualquer outra coisa, às premissas fundamentais estabelecidas pela Carta Constitucional, e não mais aos interesses únicos da fazenda pública. Na esteira desta nova ótica, as lições de Clèmerson Merlin Clève tornam-se lapidares:

“O Estado é uma realidade instrumental [...]. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso

¹⁰⁰ Basta recordar que, nas lições de um dos maiores administrativistas brasileiro, Dr. Hely Lopes Meirelles, assim era compreendido o poder de polícia: “[...] é a faculdade discricionária de que dispõe a Administração Pública em geral, para condicionar e restringir o uso e gozo dos bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. [...] o Estado (em sentido amplo: União, Estados e Municípios) detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social e à segurança nacional.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Poder de Polícia e Segurança Nacional*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. Volume 445. 1972. p. 289. Há um evidente descompasso da Administração Pública brasileira, quando se verifica que critérios tais eram ventilados nos idos do século XIX, na França: “[...] le caractère dominant du droit administratif, c’est que l’interêt public fait imposer à l’interêt prive de nombreux sacrifices. Cela est dans la nature des choses.” AUCOC, L. *Conférences sur l’administration et le droit administratif*. Paris. 1885. p. 27. *Apud*. CASSESSE, Sabino. *As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI*. In: Interesse Público. Porto Alegre. Ano 5. n. 24. 2004. p. 16.

¹⁰¹ Em estudo compilado sobre o tema, Georges Abboud classifica tais expressões como verdadeiros *enunciados performáticos*, ou seja, conteúdos linguísticos esvaziados de sentido, *verbis*: “Frise-se: nada mais performático do que essas afirmações [*interesse público e conveniência e oportunidade*]: quando o Administrador afirma que está embasado no interesse público, na realidade, não diz nada, não demonstra em que termos seu ato está de acordo com a legislação e com a Constituição, limita-se apenas a afirmar que se pauta pelo interesse público, o que colocado isoladamente nada quer dizer.” ABOUD, Georges. *Direitos fundamentais vs. Interesse público: análise crítica a partir dos enunciados performáticos de John Austin*. In: Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. Clèmerson Merlin Clève, Alexandre Freire coord. 1ª ed. São Paulo. Editora RT. 2014. pp. 428-430.

ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.”¹⁰²

Acontece que esta ideia constitucional das coisas não surge de um limbo espacial, mas sim de um encadeamento histórico que, após custos humanos significativos, se viu forçado a compreender que a elevação dos direitos fundamentais é não só um desejo a ser perseguido, como também uma máxima estrutural da organização estatal.¹⁰³ Consequência disto é que todo o instrumentário posto à disposição do Estado – entre estes, a desapropriação – deve se conformar às ambições constitucionais, no caso brasileiro, aos votos da Constituição da República de 1988. Passemos, pois, a um estudo mais aprofundado do porquê desta transformação ventilada pelas novas brisas constitucionais.

3.1. Um breve histórico da constitucionalização do Direito e dos seus efeitos

A ideia fundamental de que a Constituição é o ente jurídico supremo de um Estado, a funcionar tanto como premissa quanto como finalidade máxima da estruturação social, nem sempre existiu. Há não tanto tempo, a Constituição era vista como uma proclamação eminentemente política,¹⁰⁴ como fonte inspiradora do Poder Legislativo, mas ainda carente dos mecanismos necessários para que fosse também uma proclamação jurídica aplicável de imediato.¹⁰⁵

Firmava-se, neste período, até meados do século XX – nomeadamente até a Segunda Guerra Mundial –, o reino do *legicentrismo*, no qual as fontes jurídicas

¹⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. [org.] José Adércio Leite Sampaio. 2003. p. 388. *Apud*. BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. In: A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. [org.] Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro. 2007. p. 766.

¹⁰³ Em boa síntese, Daniel Sarmiento leciona: “As sociedades que primam pelo respeito aos direitos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados.” SARMENTO, Daniel. *Supremacia do Interesse Público? As colisões entre direito fundamentais e interesses da coletividade*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo [Coord.] *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte. Fórum. 2012. p. 119.

¹⁰⁴ A única exceção a esta regra pode ser encontrada no cenário jurídico dos Estados Unidos da América. Cfr. FAVOREU, Louis; GAIA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*. Paris. Dalloz. 15. ed. 2013. p. 115.

¹⁰⁵ Cfr. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional...* Op. cit. p. 86.

superiores eram encontradas nas grandes codificações legais.¹⁰⁶ Segue-se daí que as Constituições e a jurisdição constitucional representavam um papel de diminuta importância no centro do ordenamento jurídico. Ou seja, não se concebia, à época, a existência de decisões jurídicas pautadas puramente em valores e princípios consagrados constitucionalmente, muito em razão do medo de ser criado um “governo dos juizes” legitimador de decisões alheias à visão positivista do Direito.¹⁰⁷

É no contexto da Segunda Guerra Mundial, no entanto, que se apresenta uma forte conversão do quadro valorativo concedido às leis e à Constituição. É que a preocupação com as barbáries praticadas no curso do confronto mundial, que reduziram a vida humana às ambições e utopias de poder do Eixo nazista, fez com que o mundo jurídico se visse forçado a elevar os direitos fundamentais a patamar do qual maiorias esporádicas não fossem mais capazes de manipular.

Nesta senda, a Lei Fundamental de 1949, da Alemanha, representa o grande marco de transição de uma vida jurídica legalista para uma vida jurídica constitucionalizada,¹⁰⁸ por meio da qual o Tribunal Federal Alemão veio a consagrar a dimensão objetiva exercida pelos direitos fundamentais, no sentido de que os valores primordiais de uma comunidade jurídica não só devem ser defendidos de eventuais ataques públicos e privados – aspecto subjetivo -, mas também devem ser promovidos e irradiados por todo o sistema jurídico como potencializadores de sua eficácia, a conformar as relações jurídicas existentes às vontades fundamentais.¹⁰⁹⁻¹¹⁰

Tal papel nodal exercido pelos direitos fundamentais é o que leva J. J. Gomes Canotilho a conceituar a constitucionalização como:

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.* p. 86-87.

¹⁰⁸ BARROSO, Luis Roberto. *A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo [Coord.]. Op. cit. p. 35.

¹⁰⁹ Neste sentido, cfr. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2004. p. 371. *Apud.* BARROSO, Luis Roberto. Op.cit. p. 35. Nos dizeres de Gustavo Binbenojm: “A dimensão objetiva representa, assim, uma mais-valia em relação às posições subjetivas, pois dela decorre o reconhecimento dos direitos fundamentais como bases estruturais da ordem jurídica, que espraíam sua influência por todo o direito positivo.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...* Op.cit. p. 75.

¹¹⁰ Não foram poucas as Nações que se conformaram a este novo modelo de constitucionalização, tais como: Itália (Constituição de 1947), França (Constituição de 1958 – com evolução paulatina), Portugal (Constituição de 1976), Espanha (Constituição de 1978), e, no caso brasileiro, a Constituição de 1988.

“[...] a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’”.¹¹¹

É dizer, pois, que a constitucionalização do direito se porta como um reflexo imediato da valorização concedida aos direitos fundamentais, a reivindicar um *agere* estatal que não a resuma tão somente ao plano retórico. Assim, um dos mecanismos existentes para consolidar esta nova ordem da Constituição assenta-se naquilo que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*, deste modo referida por Luís Roberto Barroso:

“[...] a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenómeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.”¹¹²

Neste âmbito, costuma-se deixar a cargo da jurisdição constitucional o papel de reinterpretação dos institutos até então existentes, a ser usualmente realizada por meio de mecanismos de controle de constitucionalidade *a posteriori* – ações diretas de (in)constitucionalidade, reclamações, etc. -. Todavia, desta premissa não se pode

¹¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. 7. ed. 2003. p. 378.

¹¹² BARROSO, Luis Roberto. Op.cit. p. 43.

concluir que os demais poderes do Estado estariam dispensados do trabalho de incorporação dos valores consagrados pela Carta Política. Isto é, caberá ao Legislativo e ao Executivo, nos limites de suas competências, também o papel de atualizar, normatizar e aplicar com vigor a letra constitucional.

A Constituição imprime uma necessidade de movimentação ativa, quer dizer, de constante inserção na vida política e social do Estado, de modo que todos os atos praticados por si são passíveis de apreciação de constitucionalidade. É nesta esteira, então, que se consagra o princípio da supremacia constitucional, a irradiar os valores fundamentais até mesmo sobre as entranhas da rotina burocrática, ponto que levou Louis Favoreu e coautores à seguinte observação:

“Le principe de constitutionnalité impose le respect de la Constitution non seulement aux actes législatifs mais aussi à tous les actes infraconstitutionnels et donc éventuellement infralégislatifs : c’est-à-dire aux actes des autorités gouvernementales, administratives (décrets, arrêtés, délibérations, etc.). En d’autres termes, le contrôle de constitutionnalité – qui est l’un des moyens principaux de faire respecter le principe de constitutionnalité – n’est pas forcément, comme on le croit généralement en France, un contrôle de constitutionnalité des lois : il peut être aussi, et il est même le plus souvent en RFA et en Espagne par exemple, un contrôle de constitutionnalité des actes administratifs et surtout des actes juridictionnels.”¹¹³

Em suma: nada escapa às ambições da Lei Maior, nem mesmo os atos administrativos e judiciais. A constitucionalização do direito é uma verdadeira ressignificação do valor político-jurídico concedido às Cartas Constitucionais, usualmente pautada na supremacia dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais. Nesta nova ordem, a Constituição figura como o centro normativo e legitimador das atuações públicas, de modo que nenhuma medida estatal possa com ela ser incompatível.

¹¹³ FAVOREU, Louis; GAIA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. Op. cit. p. 119-120.

3.2. Os reflexos da constitucionalização do direito na vida administrativa

Se é dado à Administração Pública o exercício de condução da máquina estatal, observados os limites da vontade do constituinte e da lei, é muito provavelmente sobre a mesma que melhor poderá se sentir o pulsar constitucional. Ou seja, é no meio administrativo que se verifica com maior intensidade a promoção dos valores consagrados na Lei Fundamental, como, por exemplo, o fornecimento de acesso à saúde, habitação, saneamento e uma infinidade de demais atribuições conferidas ao gestor público.¹¹⁴

Por consequência, espera-se do gestor público que o seu grau de engajamento para com a promoção das expectativas constitucionais – saúde, segurança pública, propriedade privada, etc. - seja tão acentuado quanto ao de engajamento com os princípios de atuação da Administração Pública estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. A razão para tanto, conforme explicitado até então, reside (i) na repulsa aos modelos pretéritos de verticalização do trato administrativo, comumente pautados em leis autoritárias que primavam por relações pouco isonômicas entre administrador e administrado;¹¹⁵ (ii) no movimento de constitucionalização do direito, que traz os valores encartados na Lei Maior para o centro da vida jurídica estatal.

¹¹⁴ Esta relação praticamente umbilical existente entre o direito constitucional e o direito administrativo é primorosamente retratada por Patrícia Baptista: “De fato, a maior parte do governo ocorre no nível administrativo e, portanto, é no cotidiano da Administração Pública que surge com frequência a maior parte das questões constitucionais. O moderno Estado administrativo tem um papel central no sistema constitucional contemporâneo. As constituições limitam o governo, criam as instituições e estabelecem regras fundacionais. O direito administrativo, por seu turno, realiza alguma dessas funções e o faz de modo menos grandioso, mas mais próximo ao cidadão.” BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo: 15 anos depois – reflexões críticas e desafios para os próximos quinze anos*. Direito Público/ organização: Rodrigo Brandão, Patrícia Baptista. Coord.: Carlos Eduardo Guerra de Moraes, Ricardo Lodi Ribeiro. Rio de Janeiro. 2015. pp. 389-390.

¹¹⁵ Esse fenômeno de repulsa às antigas práticas administrativas, que é intimamente conectado àquilo que se costumou denominar de “crise” do Direito Administrativo, encontra fundamento para Patrícia Batista, com base nas lições de Chevalier, no seguinte contexto: “[...] conforme bem expõe Jacques Chevalier, em amplo trabalho publicado sobre o tema, o desenvolvimento da jurisprudência comunitária, a concorrência de uma ciência administrativa de cunho sociológico e as críticas neoliberais à ineficiência da Administração Pública também cooperaram para a desvalorização do direito administrativo. Ao invés da posição de destaque que ocupava, esse ramo do direito passou a ser considerado um entrave à modernização da Administração e um instrumento da manutenção dos privilégios injustificáveis por ela desfrutados”. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2003. p. 49.

Nesta linha, profundamente inspirada pelos modelos consagrados em Espanha e Portugal,¹¹⁶ a CRFB/1988 – imbuída do espírito democrático e de valorização dos direitos fundamentais - estabelece uma ordem de princípios conformadores da atuação do Estado, assim apresentados pelo artigo 37: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* – este último inserido pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998.

Composto por rol não taxativo, o artigo 37 da CRFB/1998 determina, de imediato, a queda do *legicentrismo* no bojo da Administração Pública brasileira. Isso porque, pela nova ordem constitucional, os comandos administrativos não mais devem respeito puro e simplesmente à lei, mas sim a um plexo de princípios e regras constitucionais ou legais que, quando respeitados, concederão validade ao atuar público.

Destarte, são reduzidas as possibilidades de ocorrência de um comportamento administrativo arbitrário que venha a se pautar em leis de tonalidades ditatoriais, porquanto a busca pelo cumprimento dos princípios constitucionais deverá passar a permear o aparato estatal.¹¹⁷ O papel exercido por estes princípios deve ser encarado como o de *mandados de otimização*,¹¹⁸ “no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.”¹¹⁹

Em lição similar, J. J. Gomes Canotilho disciplina:

¹¹⁶ Ambos os Estados tratam vastamente sobre a Administração pública em suas constituições, a estabelecer uma ordem de princípios regentes da atuação administrativa. Em Espanha, cabe ao artigo 103, 1, determinar o papel da Administração: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.” Disponível em: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t4>. Já em Portugal, coube ao Título IX e, sobretudo ao artigo 266, 1 e 2, o papel de estabelecer os princípios fundamentais da Administração Pública: “A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.” Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Ambos os acessos realizados em: 27 de março de 2018.

¹¹⁷ Esta é, ao menos em tese, a expectativa criada em torno da nova ordem de princípios constitucionais. Sabe-se, no entanto, que o arrojo inventivo do administrador público brasileiro, muito disposto à sutileza de interpretações tendenciosas, acaba por colocar em risco a teoria dos princípios aqui apresentada.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. Madrid. 1993. p. 86.

¹¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...* Op. cit. pp. 30-31.

“Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos. [...]. Os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, <à lógica do tudo ou nada>).”¹²⁰

Tem-se, assim, um dos primeiros reflexos do movimento de constitucionalização do direito sobre a Administração Pública, encerrado na necessidade de persecução pelo gestor dos princípios constitucionais e legais. Por consequência, aquela noção vetusta de que o administrador público somente deve seguir os ditames legais – *princípio da legalidade* - passa a conceder espaço, agora, a um modelo de atuação administrativa proativo, no qual o encarregado da administração, apesar da ausência de previsão legal, ainda assim poderá concretizar seus atos tencionados à promoção dos valores fundamentais e democráticos.

Dentro desta linha, Gustavo Binbenbim apresenta-nos três consequências imediatas da constitucionalização do direito administrativo, *subtraídas da adoção de um sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático* de condução estatal, sendo estas:

“(i) a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;

(ii) a definição do que é interesse público, e de sua proclamada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses *metaindividuais* constitucionalmente consagrados;

(iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um *resíduo de legitimidade*, a ser

¹²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 1161. Sempre arguto, Lenio Luiz Streck nos traz importante distinção entre os princípios e as regras: “As regras constituem modalidades objetivas de soluções de conflitos. Elas ‘regram’ o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam estas determinações; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da legitimidade.” STRECK, Lenio Luiz. *O sentido dos princípios constitucionais ou de como princípios não são valores*. In: Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. Clèmerson Merlin Clève, Alexandre Freire coord. 1ª ed. São Paulo. Editora RT. 2014. p. 622.

preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de *graus de vinculação à juridicidade*.¹²¹

Quanto ao primeiro, não é necessário tecer maiores linhas, haja vista a extensa fundamentação histórica e jurídica até agora apresentada. Importa-nos, por consequência e em continuidade, entendermos o novo sentido consagrado à expressão “*interesse público*”, que até outrora usualmente interpretava-se em favor de uma Administração Pública dos privilégios, muito pautada na corriqueira noção de que o interesse público se sobrepunha ao interesse privado de maneira irrestrita.

É que, hodiernamente, não há mais amparo jurídico para uma assimilação acrítica da supremacia pública sobre a privada. Isto é, a nova ordem constitucional demanda um constante dever de fundamentação do Estado em defesa dos seus atos, cujo maior respaldo residirá na comprovação de que tal posicionamento público subordina-se ao princípio da proporcionalidade dos meios.¹²² Esta exigência de ponderação surge, por certo, daquela disseminada elevação dos direitos fundamentais, que muito carrega em si a noção de Estado como um instrumento que opera em favor do cidadão, e não o contrário.

Neste sentido, dentro deste jogo de ponderação, o interesse público apenas será preenchido no momento em que o ato da Administração consiga superar o crivo do princípio da proporcionalidade, de modo que se possa alcançar os maiores benefícios estatais em concomitância com os menores danos aos interesses particulares.¹²³ Do

¹²¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...* Op. cit. p. 25.

¹²² Em lição categórica, Georges Abboud: “Todo ato proveniente do direito público que busque restringir qualquer direito fundamental deve ser amplamente fundamentado, não basta mais simples alegações de que a restrição beneficiaria o interesse público. No Estado Democrático de Direito, a mera alegação de preservação do interesse público não permite a realização de qualquer restrição a direito fundamental.” Op. cit. p. 439.

¹²³ Em advertência sobre o preenchimento do interesse público no Estado Democrático de Direito, Paulo Otero nos elucida que: “Num Estado de Direito democrático, enquanto expressão de um Estado de direitos humanos alicerçado numa concepção personalista da Administração Pública, a prossecução do interesse público conhece como limite insuperável o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana: (i) A garantia da dignidade humana surge como fundamento e parâmetro de relevância do interesse comum

contrário, caso o ato estatal não seja dotado da proporcionalidade necessária, o mesmo deverá ser tomado como uma ofensa ao próprio Estado de Direito, e, portanto, incompatível em sua essência com um real interesse público. Com certa tranquilidade, pode-se afirmar que não há interesse público real, quando determinado ato público subtraia flagrantemente um direito fundamental em detrimento de outro.

É neste caminhar que, ao comentarem sobre o tema, Souza Neto e Sarmento bem delimitam o ponto:

“Um ato estatal qualquer só será considerado compatível com o princípio da proporcionalidade se satisfizer, simultaneamente, aos três subprincípios que devem ser empregados seguindo um percurso preestabelecido: primeiro, verifica-se se a medida satisfaz o subprincípio da adequação; se a resposta for positiva, passa-se ao subprincípio da necessidade; se, mais uma vez, o resultado for favorável à validade do ato, recorre-se ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Essa sequência de aplicação dos subprincípios é de observância compulsória e a violação a qualquer deles já basta para que se conclua no sentido da inconstitucionalidade da medida, por afronta ao princípio da proporcionalidade.”¹²⁴

Por este motivo que, em breve adiantamento ao ponto, Fernando Alves Correia manifesta-se pela imperiosa sujeição da expropriação ao princípio da proporcionalidade dos meios, de modo que uma de suas consequências se traduza na exigência de que o ato expropriatório cause o menor dos danos possíveis ao particular.¹²⁵ E isto é uma premissa a ser perseguida não só pelos enunciados normativos, mas também pelos seus intérpretes, neste caso, os administradores.

Caminhando alguns passos mais, mas ainda naquela linha dos reflexos da Constituição sobre a administração já proclamados por Gustavo Binenbojm, alcançamos a ideia da falência do antigo sistema da ampla discricionariedade administrativa, no qual

da coletividade; (ii) Não há interesse público relevante contra o respeito devido à dignidade humana; (iii) O núcleo essencial da dignidade da pessoa humana prevalece sempre sobre a prossecução de qualquer interesse público.” OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Vol. I. 1ª ed. Coimbra. Almedina. 2016. pp. 154-155.

¹²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. cit. pp. 471-472.

¹²⁵ CORREIA, Fernando Alves. Op. cit. pp. 116-117.

era facultado à Administração Pública a adoção de *enunciados performáticos*,¹²⁶ tais como os famigerados *critérios de conveniência e oportunidade* que, infelizmente, ainda norteiam as fundamentações do que se entende por interesse público no Brasil.

O cenário administrativo atual, conforme visto, não pode conferir mais espaço a arquétipos administrativos retrógados, que, por vezes, sujeitam a vida pública às intempéries pessoais de determinado administrador.¹²⁷ Espera-se, e aqui já vai bom tempo, que o responsável pela gestão pública paute sua atuação no princípio da juridicidade, em sentido muito mais amplo do que o simples respeito à reserva da lei. É por esta razão que Paulo Otero, em lição que nos servirá como prelúdio do ponto sob análise, vem a afirmar:

“[...] numa ordem jurídica alicerçada numa preocupação de justiça material, vinculada a valores suprapositivos e supraconstitucionais emergentes da ‘consciência jurídica geral’, a preferência de lei ‘cede perante a preferência pelo direito: a juridicidade é sempre um valor prevalecente sobre a mera legalidade formal.”¹²⁸

Significa dizer que o cerco jurídico sobre o Poder Público, após os movimentos de renovação do sentido constitucional, encontra-se cada vez mais apertado. Agora, o administrador deve respeito harmônico não só às leis, mas também à Constituição, aos princípios por esta declinados, e até mesmo aos acordos internacionais celebrados entre Estados soberanos.

O resultado deste cerco jurídico é que toda atuação administrativa deverá respeitar um dever de fundamentação ampla e ponderada - com base nos princípios e regras constitucionais e legais -, a ser necessariamente desencadeada por meio de uma procedimentalização que se julgue adequada, ao menos em tese, para o alcance daquele valor público que se está a perseguir, cuja justificação será melhor abordada no tópico seguinte.

¹²⁶ Cfr. nota de rodapé nº 98.

¹²⁷ Segundo Gustavo Binbenbojm: “A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.” BINENBOJIM, Gustavo. *A constitucionalização do Direito...* Op. cit. p. 758.

¹²⁸ OTERO, Paulo. Op. cit. p. 141.

Em outras palavras, com a consciência de que toda matéria deve ser acompanhada da forma que melhor a realize: o alcance de um interesse público devidamente harmonizado com o princípio da juridicidade administrativa, implica, a um só tempo, que todo e qualquer ato administrativo praticado seja necessariamente acompanhado de um dever de fundamentação – cuja densidade dependerá da abrangência do valor público a ser preenchido -, a ser realizado dentro de uma moldura procedimental que maximize as possibilidades de alcance de uma solução administrativa adequada ao caso fático-jurídico.

3.3. A procedimentalização no seio administrativo

A lógica da elevação dos direitos fundamentais, consubstanciada sobretudo após o advento da Segunda Guerra Mundial, trouxe à tona a necessidade de concretização dos valores básicos da vida humana em patamar do qual não se pode, em tese, pretender derrubar. A premissa aqui é a de que os direitos fundamentais – proteção à vida, dignidade, liberdade, propriedade, etc. – constituem um núcleo duro essencial de uma convivência socialmente justa e adequada, cuja defesa deve ser feita não só por indivíduos, mas também e nomeadamente pelo próprio Estado.

A posição a ser tomada pelo Poder Público, portanto, é a de defesa quase que irrestrita destes valores fundamentais lapidares de um Estado Democrático de Direito. Por certo, não é - ou não deve ser - do interesse do aparelho estatal que seus cidadãos sejam tolhidos da essência dos direitos fundamentais que lhes foi concedido após a história árdua e tortuosa do século passado.

Acontece, todavia, que o mesmo ente estatal protetor da vida humana é, concomitantemente, um ente fiscalizador, sancionador e promotor de políticas públicas capazes de darem causa a feridas consideráveis sobre a individualidade do ser, como num ato de ironia plenamente fundamentado nesta ubiquidade do Estado consagrado na ampla maioria dos sistemas constitucionais ocidentais. Por esta razão que, na linha do que foi estudado no tópico passado, todas as medidas públicas, além de terem de obrigatoriamente de atender ao critério da proporcionalidade dos meios – mediante ampla fundamentação e ponderação dos valores em conflito -, terão, também, de seguir uma preceituação procedimental adequada à maximização do bem-estar social e individual.

Necessário, todavia, que façamos um breve parêntesis quanto à afirmação acima alinhavada. Em verdade, a existência de uma lógica administrativa valorizadora do procedimento nem sempre existiu; pelo contrário, a partir do final do século XIX, a noção primordial da dogmática circundava o instrumento do ato administrativo, a ele concedendo o papel de veículo propulsor da função administrativa. Plenamente dissociado do conceito de procedimentalização, tal instrumento, à época, figurava como um reflexo da unilateralidade e autoritarismo da Administração Pública no contexto do Estado Liberal, que somente veio a se modificar com o advento do Estado-providência, no qual se passou a exigir da Administração uma postura colaborativa e participativa junto à sociedade.

Assim, questões históricas à parte, na medida em que um estudo aprofundado sobre o tema exigiria esforços pouco aproveitáveis às ambições do presente trabalho, o fator essencial a se ter em consideração remete à ideia de que houve um movimento renovatório na Administração Pública voltado à conciliação dos interesses macroestatais com as possibilidades de atuação administrativa, encontrando no fenômeno da procedimentalização uma das melhores respostas para o tema.¹²⁹

Assim, com o poder de síntese que lhe é peculiar, Marçal Justen Filho assim analisa o fenômeno da procedimentalização:

“A procedimentalização consiste na submissão das atividades administrativas à observância de procedimentos como requisito de validade das ações e omissões adotadas. Significa que a função administrativa se materializa em atividade administrativa, que é um conjunto de atos. Esse conjunto de atos deve observar uma sequência predeterminada, que assegure a possibilidade de controle do poder jurídico para realizar os fins de interesse coletivo e a promoção dos direitos fundamentais. A

¹²⁹ Para lançar luz sobre o ponto, vale destacar a seguinte síntese: “Nas últimas duas décadas do século XX, a crise do ato administrativo somente se agravou. A substituição do Estado-providência pelo Estado neoliberal ou pós-social levou ao incremento das atividades de caráter geral da Administração, de direção e planificação. A definição da função administrativa ‘já não se esgota na contraposição entre ‘agressão’ e ‘prestação’”. Ao contrário, hoje as decisões administrativas genéricas, de cunho regulador e planificador, sobretudo no campo do direito administrativo econômico, têm aptidão para atingir uma amplitude muito maior de sujeitos. Nesse contexto, surgiram fortes demandas por participação, apontando para a necessidade de revalorização do cidadão como sujeito de direito administrativo. Diante dessa nova realidade, assim, vem se tornando inevitável a diversificação ainda maior dos instrumentos utilizados para a consecução da função administrativa”. BAPTISTA, PATÍCIA. *As transformações do Direito Administrativo*. Op. cit. p. 233.

procedimentalização é uma exigência de cunho formalista, em que a forma jurídica é um instrumento de controle do exercício das competências estatais”.¹³⁰

A importância deste fenômeno reside no fato de que para todo direito fundamental consagrado na Lei Maior deverá corresponder um ou mais procedimentos capazes de concretizá-lo (genérico ou especial), seja para sua defesa, seja para sua promoção, funcionando como uma moldura formal que se demonstre provavelmente¹³¹ adequada à valorização dos direitos fundamentais. Em linhas quase determinantes, K. Hesse leciona que:

“[...] a menudo, la organización o el procedimiento (resultan ser) un medio – posiblemente el único existente – para producir un resultado acorde con los derechos fundamentales y, con ello, asegurar eficazmente los derechos fundamentales en vista de la problemática moderna.”¹³²

A pergunta que se faz, então, é: o que se compreende atualmente por procedimento justo e qual a metodologia adotada para que tal instrumento consiga ofertar verdadeiramente aquilo que o mundo jurídico lhe exige? Para responder o primeiro ponto, vamos nos socorrer, primariamente, da precisa definição lançada por Robert Alexy em sua *Teoria de los Derechos Fundamentales* (Theorie der Grundrechte):

“Los procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado. Si el resultado es logrado respetando las reglas y/o los principios, entonces, desde el aspecto procedimental presenta una característica positiva. Si no es obtenido de esta manera, entonces es

¹³⁰ E continua o jurista paranaense: “A procedimentalização impede a concentração decisória num ato imediato e único. Mais ainda, assegura a oportunidade de manifestação para todos os potenciais interessados, a qual deverá ser promovida (em princípio) previamente a qualquer decisão. Enfim, a procedimentalização exige que toda e qualquer decisão administrativa seja logicamente compatível com os eventos que lhe foram antecedentes e se traduza em manifestação fundada em motivos cuja procedência é requisito de validade”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2012. p. 296.

¹³¹ O grau a ser estabelecido é o de probabilidade, pois este exige mais do que uma mera possibilidade do resultado ser alcançado. O procedimento estabelecido deve ser tal, de modo que haja, no mínimo, uma legítima expectativa das partes de alcançarem o resultado por ele prometido.

¹³² HESSE, Konrad. *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*. EuGRZ. 1978. p. 434. *Apud*. ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 455.

defectuoso desde el punto de vista procedimental y, por ello, tiene una característica negativa.”¹³³

Interessante notar os dois pontos fundamentais que se extraem da definição proferida pelo jurista alemão, no sentido de que um procedimento, para que seja considerado positivo, deverá ser (i) eficiente – um instrumento facilitador do alcance do resultado esperado – e (ii) conformado às regras e princípios constitucionais que se encontrem vigentes. De fato - fruto de livre interpretação -, a relação que se dispõe aqui é de complementaridade, em que cada pressuposto procedimental funciona como o próprio validador do outro. Noutras palavras: um procedimento somente pode ser considerado eficiente, quando venha a funcionar como um maximizador dos princípios e regras constitucionais a ele aplicáveis; de outro lado, a própria noção de maximização dos princípios e regras constitucionais impõe a necessidade de criação e aplicação de um procedimento eficiente, isto é, adequado aos fins almejados pelo administrador e administrado.

É por esta razão que se promove, atualmente, uma *teoria substantiva* do processo justo, pelo qual “uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares.”¹³⁴ Como visto, não é mais concedida ao Estado, dentro de uma ótica democrática do direito, a faculdade de condicionar os direitos fundamentais do cidadão à práticas casuísticas e imprevisíveis de atuação administrativa. Pelo contrário, tornou-se uma obrigação estatal que todos os seus atos, quando legitimadores de um *sacrifício da vida, liberdade e propriedade*, sejam submetidos a um processo de aplicação *legal, justo e adequado*.

Pois bem. Para que não caiamos no vício de propagarmos verdadeiros *enunciados performáticos*, a questão que se coloca no momento se refere aos efeitos e resultados que se pretendem atingidos mediante a aplicação destes três elementos citados: legalidade, justiça e adequação. Nesta senda, não poderíamos nos servir de autor outro senão Paulo Otero, cuja densidade epistemológica, ao tratar sobre o princípio do procedimento equitativo ou devido procedimento legal, precisamente

¹³³ *Ibidem*. p. 457.

¹³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 494. E continua o autor: “Esta última teoria é, como salienta a doutrina norte-americana, uma *value-oriented theory*, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça.” *Idem*.

elucida a estruturação que deve ser concedida ao atuar procedimental administrativo moderno:

“O princípio do procedimento equitativo determina que, em todas as matérias suscetíveis de envolver consequências prejudiciais para os destinatários (ou, em termos reflexos, para terceiros), os procedimentos devam ser estruturados no sentido de garantir: (i) A participação dos interessados na formação das decisões ou deliberações que lhes digam respeito, num exercício de ‘direito de defesa’, especialmente através da audição dos visados antes de a seu respeito ser tomada uma possível decisão desfavorável [...]; (ii) A efetivação do direito ao contraditório [...]; (iii) A produção de uma decisão final, preparada à luz de uma metodologia ponderativa de todos os interesses e factos constantes do procedimento, adotada no respeito pelos postulados da igualdade e da imparcialidade; (iv) A fundamentação da decisão administrativa, indicando as razões de facto e de direito que justificaram a solução, incluindo, no caso de não ser acolhida a argumentação usada pelo interessado em sede de contraditório, os motivos de sua improcedência; (v) A emissão de uma decisão final dentro de um prazo razoável e dotada de publicidade; (vi) O acesso à justiça administrativa, à luz do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, visando a defesa de posições jurídicas lesadas por condutas procedimentais contrárias à legalidade, incluindo o ressarcimento de danos daí resultantes e a execução das inerentes sentenças judiciais.”¹³⁵

De fato, a semelhança dos pressupostos procedimentais administrativos com os judiciais é evidente, na medida em que ambos assumem seus contornos a partir da influência britânica e norte-americana do *due process of law*, que, na tradição romano-germânica, costuma-se denominar de princípio do procedimento administrativo

¹³⁵ OTERO, Paulo. Op. cit. pp. 75-77. E assim continua o jurista português, agora ao tratar especificamente que o *princípio da adequação procedimental*: “refletindo o entendimento de que cada tipo de decisão deve sempre encontrar um modelo estrutural de procedimento que se mostre adaptável e flexibilizável aos propósitos visados, revela-se instrumental e garantístico de um procedimento equitativo: a adequação procedimental existe ao serviço do devido procedimento legal ou de um modelo de procedimento justo e equitativo. [...] O responsável pela direção do procedimento encontra-se vinculado a exercer os seus poderes discricionários no sentido de estruturar o procedimento administrativo visando a busca da melhor solução ou aquela que se revele mais adequada, idônea e justa ao fim decisório em causa, garantindo sempre todas as exigências inerentes a um procedimento equitativo”. *Ibidem*. p. 83.

equitativo ou justo procedimento administrativo.¹³⁶⁻¹³⁷ A ideia aqui não é a de imprimir uma formalização excessiva da Administração Pública ao ponto de engessá-la por completo. Ao reverso, o que se espera é que haja um mínimo burocrático, consubstanciado numa procedimentalização justa e adequada, que permita ao administrado: (i) o acesso a um amplo espaço de discussão sobre a medida pública que se pretende seja estabelecida, observados os critérios de legalidade e constitucionalidade de sua implementação; (ii) ter uma expectativa razoável quanto aos parâmetros que conduzirão a relação procedimental, como medida básica de promoção da segurança jurídica tão cara à ordem democrático constitucional, que, ao final, procura resguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por esta última razão – expectativa razoável quanto aos parâmetros procedimentais – que se torna assaz importante a prévia determinação legislativa da linha processual a ser adotada pela Administração Pública. É dizer: quais serão os requisitos mínimos necessários para que um procedimento administrativo seja considerado justo e adequado, sem se olvidar que quanto maior a especificidade do ato estatal – por exemplo, a expropriação -, maior será a exigência de determinação procedimental. Em suma: quanto mais profunda for a lesão a um direito fundamental do administrado, mais rígido e determinado deverá ser o procedimento que legitime esta atuação estatal.

O motivo para tanto encontra especial fundamentação no voto do Conselheiro António Vitorino, do Tribunal Constitucional português, em trecho do Acórdão nº 285/92, passível de aplicação em todos os cenários jurídicos em que a segurança jurídica e os direitos fundamentais incorporem um valor constitucional, *verbis*:

¹³⁶ Neste diapasão, cfr. OTERO, Paulo. Op. cit. p. 74. Para Canotilho: “As doutrinas caracterizadoras do direito a um processo equitativo (CRP. Art. 20.º/4) têm quase sempre como ponto de partida a experiência constitucional norte-americana do *due process of law*. [...] A leitura básica das Emendas relacionadas com o *due process of law* pode sintetizar-se da seguinte forma: processo devido em direito significa a obrigatoriedade de observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade”. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. pp. 492-493.

¹³⁷ Insta salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal assinala pela aplicação do *devido processo legal* nos procedimentos administrativos: “CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 5º, XXXV, LIV e LV. OFENSA REFLEXA. [...] II – Como tem consignado o Tribunal, o princípio do devido processo legal, de acordo com o texto constitucional, também se aplica aos procedimentos administrativos. Precedentes.”. RE n. 552.057/AgRg, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julg. 05.05.2009. DJe de 05.06.2009.

“Ora, atento o especial regime a que se encontram sujeitas as restrições aos direitos, liberdades e garantias, constante do artigo 18.º da Constituição, em especial do seu n.º 3, e em articulação com o princípio da segurança jurídica inerente a um Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição), forçoso se torna reconhecer que, em função de um critério ou princípio de proporcionalidade a que deverão estar obrigadas as aludidas restrições, uma vez que está em causa a garantia constante do artigo 53.º da Constituição, o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exacto e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar, diminuindo desta forma os riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma norma indeterminada quanto aos próprios pressupostos de actuação da Administração; e que forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem jugularem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o «núcleo essencial» da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos em sede de definição do âmbito de previsão normativa do preceito (*Tatbestand*); e finalmente que permitam aos tribunais um controlo objectivo efectivo da adequação das concretas actuações da Administração face ao conteúdo da norma legal que esteve na sua base e origem.”¹³⁸

Diante do que foi apresentado até então, façamos uma breve compilação dos fundamentos e expectativas que circundam o movimento de procedimentalização da atividade administrativa:

(i) O valor concedido aos direitos fundamentais, no plano da atualidade, exige a criação de um sistema procedimental que se proponha a concretizá-los da melhor forma possível,¹³⁹ de sorte que as ofensas por ventura praticadas pelo Estado

¹³⁸ TCP, Proc. n.º 383/92, Plenário, Relator: Conselheiro António Vitorino, Ac. n.º 285/92. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920285.html>. Acesso realizado em: 10 de abril de 2018.

¹³⁹ Perceba-se que não se pode fazer um juízo absoluto sobre o resultado que se pretende alcançar, *i.e.*, posto que o mundo dos fatos proporciona uma gama de vetores cuja previsibilidade não poder ser conhecida de antemão pelo legislador. Quando mencionamos que os direitos fundamentais devem ser alcançados da “melhor forma possível”, o juízo feito é de probabilidade. O prognóstico lançado é o de que, com a utilização do procedimento específico, seja criada uma legítima expectativa em favor do alcance do resultado pretendido. Em interessante estudo sobre o tema, Sérgio Armanelli Gibson explica: “Se a evolução do conhecimento científico faz com que sejam dadas novas respostas às mesmas

sobre os indivíduos sejam mitigadas ao máximo. Por tal razão que se costuma falar, no bojo das discussões doutrinárias, sobre a imperatividade da execução de um procedimento *justo, adequado e legal – teoria substantiva do processo* -, quando da implementação de uma vontade administrativa;

(ii) Para que um procedimento seja considerado *justo, adequado e legal*, isto é, de característica positiva, o mesmo deverá lograr alcançar o fim específico ao qual se propôs, sempre a respeitar as regras e princípios que vigoram no seu ordenamento jurídico de aplicação. Assim, surge uma relação complementar entre a eficiência e a conformação às regras e princípios existentes, de modo que o procedimento só será considerado eficiente – positivo -, quando se disponha a maximizar os direitos fundamentais, e, na via inversa, os direitos fundamentais somente serão maximizados, quando aplicados de modo eficiente e adequado aos fins almejados.

(iii) A maximização e a eficiência do procedimento administrativo requerem, via de regra, a assimilação de determinados pressupostos processuais cujas raízes fundamentais se assentam no princípio britânico e norte-americano do *due process of law*. Nesta senda, o princípio do procedimento equitativo exige que a Administração promova um processo dotado de amplo espaço de manifestação dos interessados, em que seja facultada a produção probatória, caso necessário, para que, ao seu termo, seja proferida decisão em prazo razoável, com fundamentação jurídico-administrativa adequada e proporcional formulada por um órgão reconhecidamente imparcial.

(iv) O processo justo e equitativo – *princípio do procedimento equitativo* – não implica, necessariamente, na criação de um aparato burocrático e engessado da máquina pública. Pelo contrário, caso enfeixado de modo minimamente razoável, com grau de determinabilidade variável de acordo com a gravidade da violação ao específico direito fundamental, a existência de um procedimento administrativo legalmente previsto operará em favor tanto da Administração quanto do administrado, privando-os de riscos excessivos influenciados por atuações casuísticas do gestor público. Isto é,

perguntas e problemas postos, assim também deve ser procedido com o Direito, sendo combalidas então as comportas da compreensão de *segurança jurídica* como classicamente era concebida, também nela sendo introduzida a noção de simples *probabilidade*". GIBSON, Sérgio Armanelli. *A Ciência jurídica no pós-positivismo: as necessárias repaginações conceituais de segurança jurídica, de regime jurídico-administrativo e do princípio da legalidade administrativa*. Fórum Administrativo. Direito Público. FA, Belo Horizonte. Ano 08. nº 93. Novembro. 2008. p. 62.

seguido o procedimento administrativo previamente estabelecido, à Administração será atribuído um aparente caráter de legitimidade de sua atuação, e, ao administrado, será ofertado um procedimento no qual seus direitos e garantias individuais não sejam vilipendiados de modo torpe.

3.4. Notas sobre a consensualidade no processo administrativo

Pelo que vimos até o momento presente, a procedimentalização no seio administrativo surge como um corolário dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais vigentes, os quais impõem ao administrador público uma necessidade de interlocução direta entre Estado e sociedade, ou, no que diz respeito à medidas estatais específicas, entre administrador e administrado.

Por conseguinte, a ascensão do processo administrativo funcionará, também, como um instrumento de canalização das vontades públicas e privadas, que deverá buscar solucionar a intrincada relação existente entre Administração Pública e particulares que circunda o ordenamento jurídico brasileiro.¹⁴⁰ De fato, esta dificuldade de interlocução entre o setor público e o privado tão somente serve à ineficiência da vida pública, a gerar custos políticos – por exemplo, letargia na promoção de políticas estatais de desenvolvimento – e custos econômicos, afinal, a perpetuação de processos administrativos e judiciais por anos a fio implicam num dispêndio incalculável do patrimônio público.

Deste modo, a bandeira a ser levantada pela nova Administração deve ser não só de respeito incondicionado aos direitos fundamentais e princípios da Constituição Federal, como também, ao mesmo tempo, de maximização destes valores pelo menor custo possível aos seus cofres e aos dos particulares também. A noção em

¹⁴⁰ Em colocação precisa, Patrícia Baptista sustenta: “A mútua desconfiança que distancia a Administração Pública dos particulares deve, de fato, ser superada. O interesse privado precisa deixar de ser visto como menor ou indigno, especialmente porque o Estado sozinho não é capaz de realizar todos os interesses e necessidades da vida em coletividade. Necessita, e muito, do concurso privado e, dessa forma, não pode demonizá-lo, nem submetê-lo a regime jurídico iníquo. Por outro lado, o particular também deve deixar de enxergar a Administração como a adversária a ser batida ou como aquela de quem se deve aproveitar”. BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. p. 393.

exame, vale dizer, se encontra encartada no próprio artigo 37, da CRFB, com o elencar da *eficiência* como um dos princípios norteadores da ação administrativa.¹⁴¹

A conclusão que se apresenta, neste novo eixo de eficiência, se refere ao fato de que as práticas burocráticas e verticalizadas de imposição da vontade pública devem abrir espaço para um cenário enriquecido de interlocução, a retirar o velho estigma da obscuridade advinda da burocracia estatal. Nas palavras de Canotilho e Vital Moreira, a “desburocratização” é:

“Corolário do próprio princípio do Estado Democrático de Direito, pois este requer: (a) a eliminação do dualismo entre o Estado (classe política, burocracia e funcionalismo) e a ‘sociedade civil’, mediante a abertura das estruturas organizatórias aos contatos imediatos, informais, e frequentes com os cidadãos que precisem recorrer aos serviços administrativos. (b) a inadmissibilidade de uma ‘burocracia administrativa’, considerada como entidade substancial, impessoal e hierarquizada, com interesses próprios, alheios à legitimação democrática, divorciados dos interesses das populações, geradores dos vícios iminentes às estruturas burocráticas, como ‘mentalidade de especialistas’, rotina e demora na resolução dos assuntos do cidadão, compadrio na seleção do pessoal etc.; (c) a transparência no procedimento de atuação e decisão dos serviços administrativos”.¹⁴²

Assim, dentro deste cenário de desburocratização e maximização da eficiência da vida pública, muito vem se tratando, no Direito Administrativo contemporâneo, sobre a necessidade de se recrudescer a participação dos particulares nas tomadas de decisões coletivas, sobretudo mediante a adoção de práticas e instrumentos públicos que promovam a consensualidade entre os interesses dicotômicos possivelmente existentes, como forma de conceder maior legitimidade aos posicionamentos que venham ser adotados pela Administração.¹⁴³

¹⁴¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (Grifos nossos)

¹⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. Vol. I. Coimbra Editora. 2014. p. 927.

¹⁴³ Ao tratar sobre o tema da *participação* no bojo da Administração Pública, García de Enterría e Fernández bem observam sobre o fator *legitimidade* advindo de um procedimento pautado na consensualidade: “[...] a ideia de uma participação dos administrados nos processos decisórios, parece

O processo administrativo passa a ser visto, nesta senda, como um instrumento público voltado à promoção de decisões pautadas no consenso, desde que haja um mínimo de disponibilidade do interesse público discutido.¹⁴⁴ Diga-se, no mais, que esta consensualidade, bem arrimada no princípio democrático do Direito, não resultará numa busca incessante por acordos extrajudiciais, mas sim numa percepção de que “a ação consensual é, de fato, mais rápida e barata e, possivelmente por isso, mais eficiente”.¹⁴⁵ De acordo com a exposição de motivos formulada por Patrícia Baptista ao estudar o tema da consensualidade, quatro razões podem ser destacadas para justificar a adoção de práticas consensuais, sendo essas: (i) a consensualidade realiza um interesse público de modo eficiente e harmônico, simultâneo à satisfação dos interesses privados; (ii) aumenta a transparência das atividades administrativas, na medida em que os interesses privados seriam firmados dentro de um acordo formal, distante de negociações de bastidores; (iii) concede maior lastro à autoridade pública, colaborando para uma nova legitimação da Administração Pública; e, (iv) assegura uma maior estabilidade nas relações administrativas, uma vez que permite a superação de conflitos, a resultar num aumento do grau de segurança jurídica.¹⁴⁶

De fato, a própria legislação nacional não desconhece este ideal, tanto que o maior diploma brasileiro regulatório do processo administrativo – Lei nº 9.784 de 1.999 - faculta/orienta sejam utilizados mecanismos de participação popular, quando da discussão de temas sensíveis e relevantes à vida pública.¹⁴⁷ Acontece que esta relação

capaz não apenas de reduzir as disfunções organizacionais e burocráticas, mas também de obter um novo *consensus*, uma nova legitimidade (Chevalier) que permita superar a crise atual do comando autoritário, generalizada em todas as esferas; assim, a ideologia participativa é um verdadeiro contraponto ao desenvolvimento dos sistemas burocráticos”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 2. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfeld. Trad.: José Alberto Froes. São Paulo. Edit. Revista dos Tribunais. 2014. p. 113.

¹⁴⁴ Ao alertar sobre a equivocada percepção administrativa a respeito da consensualidade, Irene Nohara sustenta: “Seria um simulacro de consensualidade, isto é, uma falsa consensualidade, do ponto de vista público/coletivo, procurar submeter interesses públicos a avenças que se dão entre a Administração Pública, que não tem sua livre disposição (pelo princípio da indisponibilidade dos interesses públicos), e particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. Um Estado legítimo, conforme visto, é aquele que atua em nome dos interesses coletivos ou públicos primários, e não em nome de um consenso que é extraído tão somente entre os contratados pelo Poder Público, muito menos ainda com os destinatários de atos administrativos imperativos (com efeitos extroversos)”. NOHARA, Irene Patrícia. *Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo*. Interesse Público – IP. Belo Horizonte. Ano 15. Nº 78. mar./abr. p. 45.

¹⁴⁵ BAPTISTA, Patrícia. *As transformações do Direito Administrativo*. Op. cit. p. 393.

¹⁴⁶ *Ibidem*. pp. 266-267.

¹⁴⁷ Eis os termos: Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento

de consensualidade ainda se encontra em fase embrionária nas terras brasileiras, porquanto limitada à discussão de tópicos relevantes para a sociedade, e não a casos específicos entre administrador e administrado (exemplo: expropriação de propriedade única), bem como muito pouco incorporada no espírito de gestão do administrador público nacional, “incompreensivelmente” apegado às técnicas verticalizadas de solução dos conflitos.¹⁴⁸

Lembremo-nos do que já foi dito até então: o pecado dos instrumentos da Administração Pública, tais como a desapropriação, não reside simplesmente no fato de que suas legislações datam de período retrógrado – é isto também -, mas muito perpassa pela ânsia do administrador público de impor abruptamente suas vontades sobre o administrado, como um suspiro de autoridade estatal que corrói a tão ambicionada legitimidade do ato administrativo.

Em verdade, por mais inquestionável seja, a forma verticalizada de atuação da Administração Pública vem, aos poucos, perdendo o seu valor diante da ordem principiológica constitucional e, por qual razão não dizer, da revolução tecnológica operada na vida contemporânea, que multiplica os canais de comunicação entre administrador e administrado.¹⁴⁹

Ante o apresentado, seja como for aplicada, a busca pela consensualidade deve representar uma força motriz da Administração Pública, a ser concertada dentro de um processo administrativo equitativo e proporcional, para que, ao seu fim, seja possibilitado o alcance de decisões público-coletivas satisfatórias e propulsoras de legitimidade da atuação administrativa.

adotado. Art. 35. Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos.

¹⁴⁸ Grande estudiosa do tema no Brasil, Patrícia Baptista assinala o seguinte ponto: “A experiência demonstra que a abertura à participação imposta pelo legislador tem sido até aqui cumprida formalmente no Brasil. Abre-se a consulta pública, realiza-se a audiência pública, mas as contribuições que se colhem desses instrumentos não são de fato consideradas ou incorporadas à decisão pública. A decisão em geral já está predeterminada e não se alterará com as contribuições do instrumento de participação. As consultas públicas e audiências públicas só deixarão de representar um mecânico cumprimento da lei quando as contribuições que delas se colherem passarem a ser efetivamente consideradas no processo decisório. É um passo ainda a ser dado”. BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. p. 392.

¹⁴⁹ Os espaços cibernéticos (*chats*, fóruns de discussão online e as próprias redes sociais) vêm funcionando como um importante instrumento de comunicação social, a conceder à população um novel canal de interlocução com o aparo público, fato que acreditamos ser mais do que recomendável numa ótica democrática de Estado.

3.5. A necessária ressignificação da desapropriação no Brasil

Forçamo-nos a apresentar um apanhado das transformações decorridas tanto no direito quanto na órbita administrativa, para que, então, seja possível extrair uma conclusão razoável de como deve ser compreendida e praticada a desapropriação, no Brasil, dentro de uma nova ordem jurídico-constitucional. Para tanto, a premissa que se deve ter em consideração é a de que o movimento renovatório da expropriação é, de fato, algo essencial no cenário da Administração Pública brasileira, pois, caso assim não o fosse, o próprio princípio da eficiência pública funcionaria como um impeditivo aos dispêndios advindos de tal renovação legislativa.

Indubitavelmente, a verdade caminha na linha de que a renovação do instituto é algo mais do que necessário, quase que beirando as vias emergenciais,¹⁵⁰ cujos fundamentos acreditamos estejam bem fundamentados quando do estudo da falência do Decreto-lei nº 3.365 de 1941, no capítulo dois do presente trabalho. No entanto, apenas para rememorar, a desapropriação como feita no Brasil: (i) carece sobremaneira de uma abordagem legal quanto aos procedimentos administrativos a serem adotados pelo ente expropriante, consolidando uma verdadeira insegurança jurídica na vida do administrado; (ii) assenta suas raízes históricas em período ditatorial (Estado Novo), a ecoar ideias totalitárias até os dias contemporâneos; (iii) pauta-se, de modo quase que irrestrito, numa vinculação ao Poder Judiciário, a forçar que a ampla maioria dos processos expropriatórios tenham de se valer de uma esfera judicial assoberbada e, por isso mesmo, letárgica;¹⁵¹ (iv) não raro condiciona o pagamento de uma suposta *justa e prévia indenização* a mecanismo de quitação de débito fazendário

¹⁵⁰ Há uma certa uniformização das críticas sobre a desapropriação no Brasil, que costumam tratar sobre a época na qual o decreto-lei foi editado (Estado Novo de Getúlio Vargas). A título de exemplificação, veja-se o teor da manifestação de Patrícia Baptista: “Desapropriação é outro tema a demandar atualização, tanto no aprofundamento das garantias do estado democrático de direito, como para assegurar a sua eficiência como instrumento indispensável à execução de projetos de infraestrutura. Basta lembrar que a norma legal base da matéria é um decreto-lei editado em 1941. Da forma como atualmente regrado pelo direito público, a desapropriação não tutela suficientemente os interesses privados, nem satisfaz adequadamente o interesse público”. BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. p. 405.

¹⁵¹ Ao tratar sobre a procedimentalização e seus efeitos, Marçal Justen Filho aponta uma importante consequência genérica resultante do fenômeno da procedimentalização: “A procedimentalização produz a redução da litigiosidade, por dois motivos. Por um lado, a participação dos potenciais interessados e a instrução minuciosa propiciam a melhor composição possível para interesses contrapostos, o que reduz a necessidade de recorrer ao Judiciário. Por outro, a procedimentalização evidencia de modo objetivo a correção (ou a incorreção) da atividade administrativa, o que diminui o risco de aventuras judiciárias. Tal procedimentalização permite ao Judiciário um controle simples e objetivo quanto à regularidade dos atos administrativos, o que propicia a dispensa da repetição de provas, especialmente no tocante a fatos de grande complexidade”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit. p. 299.

extremamente questionável, que é o precatório judicial, dizimando o caráter fundamental concedido à propriedade na Carta Constitucional de 1988.

Diante destes fundamentos e do que se propôs sobre a onda renovatória do atuar administrativo pós-constitucionalização, torna-se facilitada a compreensão dos porquês da falência do processo de expropriação feito em solo brasileiro e das consequentes expectativas constitucionais que sobre ele passam a recair. Em outras palavras, a partir do momento em que se reconhece os reais problemas de determinado instituto, é que se pode supor mecanismos próprios de correção dos vícios por ele experimentados.

O primeiro vício constatável reside logo no conceito de desapropriação e a forma procedimental que lhe é concedida atualmente. Isso porque, como ressaltado no capítulo passado,¹⁵² a expropriação é um procedimento administrativo complexo, no qual sua natureza operacional circunda uma lógica de execução administrativa, e não puramente judicial. Corolário lógico, portanto, é que ao instituto seria exigível um procedimento administrativo bem definido e pretérito à fase judicial, como forma de priorizar soluções administrativas céleres e consensuais, ao revés de imposições mandamentais advindas do Poder Judiciário.¹⁵³

Neste sentir, por mais que as minúcias sugestivas sejam reservadas ao capítulo posterior, a ideia que não se pode perder no horizonte é a de que a desapropriação deve, ao menos em tese, se fundamentar, legitimar e pôr seu termo no curso de um procedimento administrativo especial. Neste, espera-se seja facultado aos interessados um espaço de ampla interlocução, com prazos de ofertas e contrapropostas bem definidos, mediante a apresentação de laudos periciais elaborados por especialistas dotados de imparcialidade, a resultar numa aceitação ou recusa administrativa quanto ao montante devido, sempre de forma fundamentada e ponderada.

¹⁵² Cfr. introdução do Capítulo 02.

¹⁵³ Nesta senda, em expressão mais direta possível, Lúcia Valle Figueiredo afirma: “Na realidade, trata-se de procedimento administrativo, posto que todo processo expropriatório, desde sua fase inicial (deflagratória) – a declaração de utilidade, necessidade pública, interesse social – até a fase final – a ablação do direito de propriedade –, pressupõe série encadeada de atos (formalidades essenciais), levando ao ato final. Isso se for amigável o processo. Se não, após a declaração de utilidade pública, haverá processo judicial. [...] A desapropriação é processo administrativo que leva à ablação do direito de propriedade, consagrado constitucionalmente”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7.ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2004. p. 314.

Perceba-se aqui, que o presente trabalho busca jogar luz não sobre o conceito em si do que se entende por desapropriação e *justa e prévia indenização*; ao reverso, o encaminhamento investigativo da história e da forma como praticada a desapropriação no Brasil nos indica que sua degradação se relaciona mais com uma ausência de previsão procedimental equitativa, do que com uma falha no seu conceito propriamente dito. É porque, como constitucionalmente apresentada, a ideia de desapropriação acompanha uma lógica garantista da propriedade, restringindo a sua apropriação pelo Poder Público tão somente aos casos em que houver necessidade ou utilidade pública, ou um interesse social, sempre paga “mediante justa e prévia indenização em dinheiro”.¹⁵⁴

Se há uma reiterada violação desses dispositivos quando da aplicação prática do instituto, as conclusões que devem ser tomadas são: (i) a atividade administrativa, exercida neste caso específico, é eivada de inconstitucionalidade, exigindoexigir uma reformulação do tratamento concedido pela Administração Pública sobre a matéria; (ii) muito pouco serve uma constante preocupação com o que se entende por desapropriação e indenização expropriatória, se o seu procedimento específico de inserção pública não conseguir se adequar às pretensões constitucionais e legais.

Assim, naquela linha da *filtragem constitucional*, a nova prática expropriatória exige do administrador público uma elevada preocupação com o direito que é posto em xeque – a propriedade -, de modo que a ele não deve ser permitido realizar ofertas que sejam sabidamente ínfimas, mediante a apresentação de cálculos obscuros e condicionados a pagamento conflitante com os próprios preceitos constitucionais. Ora, há de se lembrar que a ideia de interesse público lançada pela Carta de 1988, justificadora da apropriação estatal de determinado bem, não se confunde com uma noção de supremacia da vontade estatal. Pelo contrário, quando a Constituição legitima a tomada de um bem privado pelo Poder Público, o que esta faz é um juízo de pré-ponderação jurídica, no sentido de que, naquele caso específico, o valor

¹⁵⁴ A garantia da propriedade como um direito fundamental é expressa na Constituição Federal de 1988, vejamos: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; [...] XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

propriedade deve se envergar diante de um interesse estatal que, fundamentadamente, comprove a importância da apropriação do bem particular.

A imposição da vontade pública se encerra aqui. A partir desse momento, não se pode mais justificar a prática de arbitrariedades (exemplo: ofertas irrisórias) com base num suposto interesse público; mesmo porque, se a Constituição exige uma indenização justa e prévia, caberá ao administrador envidar todos os esforços necessários para que tal exigência seja alcançada, de sorte a satisfazer a própria função administrativa.¹⁵⁵

É por isso que, retomemos às linhas argumentativas passadas, se demonstra deveras importante a criação de um diploma normativo atualizado e conformado com os valores constitucionais modernos. Em livre interpretação das premissas constitucionais, indicativas de que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro”, pugnamos pela compreensão de que os adjetivos “justo” e “prévia” devem nortear, também, a noção do procedimento adotado para que um bem seja alvo de uma expropriação.

Em suma: a resignificação que buscamos dar ao instituto da desapropriação passa, sobretudo, pela criação de um instrumental jurídico e administrativo próprio, potencialmente apto ao alcance daquilo que se entende por valor justo a ser pago de forma prévia. Não há espaço para exceções. Isto é, o novo processo de desapropriação deve ser norteador pelas premissas de adequação e justiça, no sentido de que jamais será possibilitado ao administrador público praticar atos arbitrários, dissociados do critério da proporcionalidade, e que, de uma forma ou de outra, resultem numa indenização injusta e/ou retardada.¹⁵⁶

Por isso, no próximo capítulo, buscaremos dar um enfoque devido às características e práticas possíveis de aplicação para que o ato expropriatório, por meio do seu procedimento específico, consiga alcançar e satisfazer a integralidade do interesse público constitucionalmente descrito.

¹⁵⁵ Em linguagem mais corriqueira, não pode ser do interesse público a realização de uma expropriação arbitrária e redutora do valor da propriedade.

¹⁵⁶ Por esta razão que advogamos, com sobriedade, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do pagamento da expropriação mediante precatório judicial. O caráter prévio da indenização elide, de imediato, qualquer sustentação voltada à defesa deste meio de pagamento nas expropriatórias.

4. PROPOSIÇÕES PARA UM NOVO MODELO PROCEDIMENTAL ADMINISTRATIVO DA DESAPROPRIAÇÃO

Aos capítulos passados reservou-se o estudo histórico e prático da desapropriação como feita no Brasil atualmente, sempre na linha do seu modelo ordinário tecido pelo Decreto-lei n. 3.365 de 1941. Demasiadas foram, pois, as críticas quanto à dinâmica procedimental administrativa da desapropriação – se é que esta de fato existe ¹⁵⁷, sustentada, desde os seus primórdios, por uma legislação arcaica e permissiva de uma conduta estatal descompassada com os novos valores constitucionalmente delineados para Administração.¹⁵⁸

Pois bem. Para que não caiamos no limbo das críticas sem proposições, ou, em português coloquial, para que deixemos de “chover no molhado”, é chegado o momento de encerrar a avaliação negativa do referido diploma legal, para que, agora, passemos a formular propostas razoáveis e reais a respeito das necessárias atualizações a serem feitas sobre o instituto da expropriação no Brasil.

E como isso será feito? A resposta a questão – por mais que não exaustiva – deve seguir as diretrizes daquilo que livremente convenciamos chamar de “marcos de operacionalização” do novo processo expropriatório, a serem assim consubstanciados: (i) valorização da eficiência administrativa; (ii) respeito ao princípio do procedimento

¹⁵⁷ A afirmação parece-nos pertinente, pois como alerta Patrícia Baptista: “[...] A fase negocial das desapropriações foi quase sempre menosprezada na prática das desapropriações sob o regime do decreto-lei n. 3.365/41. Para alguns, representava uma mera faculdade da Administração, que poderia optar, discricionariamente, por não promovê-la, buscando desde o início a via judicial. Embora desejável, a busca pelo consenso não era vista, de forma geral, como algo mandatário, a demandar esforços concretos e exaustivos na sua perseguição”. BAPTISTA, Patrícia. *Consensualidade e justo preço nas desapropriações: novos parâmetros à luz do Direito Administrativo contemporâneo*. 2013. p. 06. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-20-AUTORA-PATR%C3%84DCIA-FERREIRABAPTISTA.pdf>. Acesso realizado em: 19 de abril de 2018.

¹⁵⁸ Por mais que já tenhamos delineado inúmeros argumentos e trechos doutrinários que assinalem o aspecto autoritário da LGD, continua válido transcrever as palavras de Jéssica Acocella sobre o tema: “Mas nesse momento já resta clara a nota de autoritarismo que até hoje remanesce na norma, o que nos leva à seguinte perplexidade: por que razão um regime legal instituído em contexto histórico tão afastado da noção garantística que atualmente prevalece segue sendo aplicado, tanto por orientação de nossa doutrina, como do Judiciário, com *status* de estatuto básico da atividade expropriatória? E isso, ressalte-se, não obstante as inúmeras normas regulando a matéria que já foram editadas posteriormente, inclusive após a Constituição de 1988. Não obstante, enquanto for esse o entendimento prevalecente e enquanto não sobrevier um novo marco legal, a solução que no momento resta e que, assim, será proposta ao longo do presente estudo, consiste na rejeição de uma mera leitura acrítica e automática do regime decorrente do Decreto-lei n. 3.365/41, que não passe pelo filtro da Constituição, cujas normas e valores devem, como amplamente sabido, irradiar sobre todo o ordenamento jurídico”. ACOCELLA, Jéssica. *Uma releitura da desapropriação à luz da Constituição de 1988 e suas principais repercussões sobre o regime jurídico vigente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. p. 80. *Apud*: BAPTISTA, Patrícia. *Ibidem*. p. 05.

administrativo equitativo ou justo procedimento administrativo; e (iii) busca incessante de uma “justa e prévia indenização”.

De fato, esses *marcos de operacionalização* do processo expropriatório nada mais são do que proposições já encartadas na própria Constituição da República de 1988, o que poderia suscitar indagações quanto à necessidade de um destaque tal. A resposta mais uma vez é simples: fossem dispensáveis esses destaques constitucionais, sequer existiria motivo para iniciarmos a redação do presente trabalho. Quer dizer, se até os dias atuais são redigidos artigos, dissertações e teses jurídicas monumentais quanto à lamentável condução dos processos expropriatórios no Brasil, talvez isto se deva ao fato de que a letra constitucional ainda não tenha sido devidamente assimilada pelo agente administrativo brasileiro e pelo Congresso Nacional.

Ironias e desabafos à parte, soa bem sejam apresentados os porquês da adoção desses três *marcos de operacionalização*, para que, após, possamos analisar os efeitos que exsurtem de cada um desses vetores.

Quanto ao primeiro – valorização da eficiência administrativa -, para além da notável exigência constitucional de que a atuação administrativa deve privilegiar práticas céleres e menos custosas possíveis, obviamente respeitando os princípios e regras gerais do ordenamento jurídico, a razão que ainda subsiste se corporifica ao analisarmos o “plano de fundo” das ações de desapropriação feitas em terras verde e amarela. Isso porque, por mais arbitrária e fazendária seja a Lei Geral de Desapropriação, a realidade prática firmada ao longo das décadas passadas iniciou, sobretudo nos Tribunais estaduais, um movimento de contrabalanceamento das arbitrariedades praticadas pelas autoridades públicas, de modo que o processo de desapropriação passou a se transformar, também, num ônus para o próprio Estado expropriante.

O resultado disto é uma verdade pura: hoje, a desapropriação é uma disputa de perdedores, na qual o expropriado raras vezes vê o seu direito à justa e prévia indenização preenchido, e, o Estado *lato sensu*, por outro lado, se vê forçado a movimentar vultosas quantias econômicas para transferir, de forma retardada, a propriedade desejada para si. Por esta razão é que Jéssica Acocella se posiciona pela persecução de uma solução amigável: “a judicialização da desapropriação envolve um

alto custo de oportunidade para o Estado, que poderia ser mitigado com a resolução amigável, pagando-se ao proprietário, na maior medida possível, o valor que para ele é mais justo, diante de suas próprias circunstâncias”¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

O principal consectário desta eficiência administrativa é a busca, quase que obrigatória, de composições amigáveis ainda no âmbito administrativo (persecução da consensualidade).¹⁶¹ É que, por motivos óbvios, os acordos extrajudiciais quanto ao montante indenizatório privam a máquina pública de dar início a um moroso e dispendioso processo judicial que, quanto mais longínquo for em sua extensão, mais onerosos tornar-se-ão os encargos advindos do custeio de juros moratórios e compensatórios, correções monetárias, honorários periciais e advocatícios, etc.

Por conseguinte, a adoção de técnicas consensuais e eficientes – a serem mais a frente apresentadas – obrigam o administrador a viabilizar um procedimento administrativo compatível com a finalidade desejada, a justificar, portanto, a apresentação do segundo *marco de operacionalização* do processo expropriatório: (ii)

¹⁵⁹ ACOCELLA, Jéssica. Op. cit. p. 279-280. *Apud.* BAPTISTA, Patrícia. *Ibidem.* p. 10.

¹⁶⁰ Vejamos os custos referidos: “Note-se que os custos do litígio judicial são especialmente relevantes no processo judicial expropriatório, no qual, além daqueles inerentes ao funcionamento da máquina judiciária, despesas processuais e honorários advocatícios, devem ser acrescidas as parcelas comuns às sentenças condenatórias na matéria, tais os juros compensatórios e moratórios. Estes acessórios da condenação frequentemente multiplicam o valor da indenização de forma bastante expressiva. Quantificá-los *a priori* pode, por sinal, representar um ótimo parâmetro para a delimitação das bases de um possível acordo”. BAPTISTA, Patrícia. *Ibidem.* p.11. Em linha consoante, válidas são as observações de Franco Sobrinho sobre a consensualidade: “a convenção amigável, ou acordo, como dissemos, pode verificar-se em qualquer momento do processo judicial, podendo as partes consagrá-lo por termo nos autos; acertá-lo por escritura pública; ou por sentença dando como findo o processo. Destaca-se, na oportunidade, que na atualidade, muitos entes federados têm optado por, antes mesmo de proposta a ação de desapropriação, realizar uma fase administrativa de tratativas destinadas a tentativa de celebração de acordo administrativo, experiência que tem se mostrado bastante profícua, seja pela redução do número de desapropriações judicializadas; seja pela redução do tempo de imissão na posse do bem expropriado; seja pela maior transparência do procedimento que permite ao expropriado um contato prévio com a administração pública, inclusive para esclarecer dúvidas e negociar o valor das indenizações”. FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. *Desapropriação*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. *Apud. Revisitando o instituto da desapropriação: análise crítica sobre os procedimentos administrativos e judicial da desapropriação*. FIUZA, César; MARTINS, Thiago Penido. p. 14. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8e3308c853e47411>. Acesso realizado em: 19 de abril de 2018.

¹⁶¹ Em análise detalhada sobre os benefícios advindos da consensualidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto disciplina: “A preferência pela via da consensualidade se justifica, enfim, amplamente, pelas seguintes razões: pelo potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (*colaboração*); pela redução de custos para o Estado e sociedade (*economicidade*); pela simplificação da máquina gestora do Estado (*agilidade*); pelo reforço da máquina reguladora do Estado (*publicização*); pela renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Estado (*modernização*); pelo atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos modelos de Estado do bem-estar social e socialista (*generalidade*); e pela racionalização da atribuição de competências ao Estado e consequente racionalização da distribuição de competências entre as entidades e órgãos do Estado (*subsidiariedade*). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2001. p. 28.

respeito ao princípio do procedimento administrativo equitativo ou justo procedimento administrativo.¹⁶²

Estabelecida a premissa de que o novo procedimento administrativo da expropriação deve primar pelo uso de práticas eficientes, sobretudo mediante a promoção da *consensualidade* ou *concertação*¹⁶³, a questão que ora se edifica diante de nossos olhos se refere aos mecanismos necessários à harmonização de um procedimento tido como eficiente e, ao mesmo tempo, justo e adequado.

Isto é, a busca pela eficiência do procedimento expropriatório deve encontrar limites e balancear-se com as expectativas e pressupostos de um procedimento equitativo. Neste diapasão, de nada serviria o alcance de um acordo baseado num alegado “consenso”, quando o mesmo se vale de práticas espúrias e pouco transparentes de participação procedimental, seja por parte da Administração Pública, seja por parte do administrado.

Exemplifique-se: se, num dado procedimento administrativo expropriatório, uma das partes omite informação que se considere essencial sobre os métodos e padrões de cálculos utilizados para a obtenção do suposto valor de mercado do imóvel, de modo a onerar um lado e enriquecer o outro – sejam quais forem as medidas -, e este valor vier a ser acolhido por aquele que participa de boa-fé, a simples defesa de que o procedimento findou devido a um “consenso” não terá robustez suficiente para combater o vício de uma condução procedimental alicerçada em atitudes antiéticas. Neste compasso, o critério do “justo” anula o alcance de uma solução supostamente eficiente, pois tal veio a ser obtida a partir de violações aos valores e princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Talvez uma interessante forma de se visualizar esta harmonização entre os dois *marcos de operacionalização* – valorização da eficiência administrativa e respeito ao princípio do procedimento administrativo equitativo – seja através da idealização de

¹⁶² Cumpre ressaltar que tais *marcos de operacionalização* atuam em caráter complementar, ou seja, um assiste o outro para consecução de um objetivo maior, cristalizado na *justa e prévia indenização*.

¹⁶³ Nas palavras de Patrícia Baptista: “O fenômeno da Administração Pública que passa a agir de modo ajusta com os indivíduos e a sociedade tem recebido da doutrina vários apelidos: *consensualidade*, *concertation*, administração concertada, *soft administration*. Essas expressões, no entanto, não divergem substancialmente quanto ao seu conteúdo. Em princípio, todas podem ser empregadas indistintamente para a representação do mesmo fenômeno”. BAPTSITA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Op. cit. pp. 271-272.

dois vetores que caminham lado a lado, porém interconectados por princípios e pressupostos básicos de validade, que, caso respeitados, computarão um fator de legitimidade ao encadeamento normativo procedimental.

Tais elementos de conexão dos dois vetores funcionarão, a um só tempo, como uma garantia de direitos e uma assunção de obrigações para ambas as partes que compõem a relação jurídico-administrativa.

O primeiro elemento, reproduzido na moralidade administrativa (artigo 37 da CRFB), acaba despejando numa vinculação à boa-fé, que obriga e concede, tanto ao administrador quanto ao administrado, a garantia de que o procedimento irá se pautar sobre boas posturas, bem distanciadas de manobras oportunistas que visem beneficiamentos arbitrários e unilaterais.

A este ímpeto de boa-fé procedimental contribuem a adoção de certas predeterminações legais do procedimento a ser adotado pela Administração, tais como: (i) a criação de um amplo espaço de interlocução, com acesso facilitado à discussão em pauta, de modo físico ou cibernético, em que formalismos exacerbados sejam repudiados por ambos os lados, por exemplo: exigência de certidões e documentos dispensáveis ao alcance da “justa indenização”, que pouco tenham a ver com o mérito expropriatório;¹⁶⁴ (ii) delimitação de prazos razoáveis de manifestação e impugnação das matérias suscitadas; (iii) valorização de decisões administrativas transparentes e fundamentadas, a conceder ao administrado segurança suficiente quanto aos fatores que orientaram a tomada de determinada decisão contra ou a favor de si;¹⁶⁵ (iv) amplo

¹⁶⁴ Em sentido consoante ao amplo espaço de interlocução, o jurista Maurice-André Flamme aponta as características de um procedimento forjado no contraditório: “Il s’agit avant tout de permettre <la participation effective> de toute personne dont les intérêts moraux ou matériels peuvent être mis en cause, de manière qu’elle puisse présenter ses moyens de défense ou, plus généralement, ses observations. Le principe a pour fondement nos seulement les <droits de la défense> dans le chef de quiconque est sous le coup de sanctions graves, mais aussi l’adage *audi alteram partem*, lequel s’applique à toutes les mesures graves, dès le moment où elles sont prises <en considération de la personne>. Rien de plus normal, dès lors, que le principe se fonde sur le souci très pratique de moralité et d’efficacité administratives, l’obligation faite aux autorités compétentes de mettre en cause les intéressés et de provoquer leurs explications réduisant à la fois les risques d’arbitraire et ceux d’erreur”. FLAMME, Maurice-André. *Droit Administratif*. Tomo 01. Bruxelles. 1989. p. 383.

¹⁶⁵ Ainda nas palavras de FLAMME, mas agora sobre a motivação: “Non seulement la motivation obligatoire peut prévenir des recours qui ne sont, on l’a vu, intentés que dans l’ignorance des motifs de l’acte attaqué, mais en outre: - elle répond à une véritable règle de moralité publique, dans l’intérêt des administrés, en diminuant les risques d’arbitraire par l’obligation pour quiconque est tenu d’exprimer ses raisons d’en avoir de bonnes et de réfléchir avant d’agir ; - elle permet de remplacer l’affirmation brutale par un raisonnement et le simple exercice de l’autorité par un essai de persuasion ; elle bénéficie en fin de

acesso à jurisdição administrativa, facultando ao administrado recursos aos órgãos do Poder Público hierarquicamente superiores, com o intuito de retificar eventuais proclamações ilícitas ou desproporcionais, emitidas por órgãos de piso, de modo a tornar o acesso ao Poder Judiciário a *ultima ratio* do procedimento expropriatório.¹⁶⁶

Resguardado o estudo específico desses pressupostos do procedimento administrativo às paginas seguintes, ainda assim sobreleva atentar para o fato de que tais elementos constituem um núcleo basilar de todo e qualquer instrumental da procedimentalização, o que não significa que seus graus de incidência dar-se-ão na mesma intensidade sobre os procedimentos que vierem a ser instaurados pelo Poder Público. Será o caso concreto e a especificidade da natureza da matéria pública posta em debate que moldará a intensidade da aplicação de cada pressuposto. Por exemplo: na oportunidade de uma desapropriação que englobe zona territorial vasta, com multiplicidade de proprietários, dever-se-á conceder, em tese, prazo maior para que os administrados se manifestem nos autos; por outro lado, numa desapropriação de imóvel titularizado por único proprietário, o contexto fático muito provavelmente possibilitará seja estabelecido um trâmite voltado a um contraditório mais célere, sempre nos limites de uma atuação proporcional, conforme já analisado.

Nessa senda, cientes de que o elemento fulcral de um procedimento administrativo expropriatório sempre será o alcance de uma justa e prévia indenização, com a conseqüente transferência da propriedade para o patrimônio público, é que caberá ao administrador envidar todos os esforços para maximizar tanto a eficiência procedimental – mediante a utilização da consensualidade – quanto o respeito ao equitativo, os quais atuarão como premissas elementares para definição de uma indenização justa e prévia.

É nesta medida, portanto, que o novo procedimento administrativo da expropriação deverá atuar, buscando incessantemente a oferta de uma indenização que se considere justa – substitutiva do valor de mercado do bem e de eventuais fatores

compte à l'Administration elle-même, ne serait-ce que parce qu'elle facilite, outre le contrôle de l'administré, celui du supérieur hiérarchique et celui du juge". *Ibidem.* p. 427.

¹⁶⁶ Para FLAMME: "L'utilité des recours administratifs est évidente : c'est favoriser la démocratisation de l'Administration et la participation des administrés à son action que de permettre à ceux-ci d'adresser aux autorités administratives elles-mêmes des réclamations tendant à remettre en cause leurs décisions, à provoquer un second examen de l'affaire même sur le plan de la stricte opportunité. Aussi faut-il admettre que les recours administratifs sont de droit commun dès lors qu'aucun texte ne les exclut soit expressément soit implicitement". *Ibidem.* p. 436.

accessórios – e, também, logrando seja realizado o depósito da oferta antes mesmo do registro. A bem da verdade, a equação é simples ou, pelo menos, deveria ser; há de se decretar um basta em relação à perpetuação de práticas burocráticas que desatendam o administrado e, por incrível que pareça, a Administração Pública também.

É por essa razão que, no próximo passo, apuraremos em detalhes os efeitos irradiados por cada um dos *marcos de operacionalização*:

4.1. A valorização da eficiência administrativa (*consensualidade*)

Em conformidade com o que se viu até então, a valorização da eficiência implica numa necessidade imediata de redução dos litígios judiciais, não fugindo a desapropriação desta regra. Isto significa dizer que a Administração Pública deve conceder especial atenção ao procedimento administrativo prévio e, desejavelmente, obrigatório, de modo que suas intenções de apropriação do bem particular se encerrem após tratativas que resultem num acordo extrajudicial.

Perceba-se, portanto, que o alcance da eficiência é, na maioria das vezes, um efeito do uso de práticas voltadas à consensualidade, que há muito tempo vêm a pedir passagem no cenário administrativo brasileiro. Neste sentido, iluminados pelo estudo da professora Patrícia Baptista sobre o tema, bem como pela doutrina e legislação alienígena que se demonstre compatível com o ordenamento pátrio, é que faremos determinadas sugestões que busquem jogar luz sobre as atitudes e posturas esperadas de um Poder Público tencionado ao alcance de um acordo.

Destarte, nesta linha de raciocínio, o primeiro movimento esperado do administrador público é que ele se direcione ao administrado de modo transparente e motivado por um senso de civilidade, ou seja, disposto a perceber as pretensões daquele que se vê forçado a entregar bem que até então incorporava seu patrimônio.

Assim é que, para dar maior concretude a este espírito administrativo, Patrícia Baptista¹⁶⁷ bem observa os aspectos positivos advindos da aplicação dos

¹⁶⁷ Cfr. BAPTISTA, Patrícia. *Consensualidade e justo preço nas desapropriações: novos parâmetros à luz do Direito Administrativo contemporâneo*. Op. cit. pp. 07-10.

Princípios do Equador¹⁶⁸, cujas diretrizes são recomendadas pela Corporação Financeira Internacional (IFC), quando do subsídio de projetos infraestruturais que impliquem na remoção e na desapropriação de indivíduos ou comunidades de suas propriedades. Por meio desse diploma são concedidas instruções primárias àquela instituição – no caso em tela, compreenda-se Administração Pública – que vise adentrar em determinada zona territorial privada, causando o mínimo de perturbações possíveis aos indivíduos que nela residam.

Dentre as lições, destaca-se o Padrão de Desempenho n. 05 (Aquisição de Terra e Reassentamento Involuntário) instituído pela própria Corporação Financeira Internacional (IFC).¹⁶⁹ Em breve observação, o mesmo clareia o que se espera do uso de técnicas consensuais e, concomitantemente, recomenda certos comportamentos desejáveis por parte do interessado na expropriação, *verbis*:

“Os reassentamentos onde há negociação contribuem para evitar desapropriações e eliminam a necessidade de recorrer ao uso da autoridade local para forçar o deslocamento. Geralmente, se pode negociar um reassentamento oferecendo indenização e outros incentivos justos e

¹⁶⁸ A íntegra do documento traduzido para o português pode ser encontrada em: http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator_principles_portuguese_2013.pdf. *Os Princípios do Equador*. Junho de 2013. Acesso realizado em: 04 de maio de 2018. Importante destacar breve trecho preambular delimitador das intenções existentes por detrás da elaboração do diploma: “Nós, as Instituições Financeiras Signatárias dos Princípios do Equador (EPFIs, sigla em inglês), adotamos os Princípios do Equador com o intuito de garantir que os Projetos que financiamos e assessoramos sejam desenvolvidos de forma socialmente responsável e que incorporem práticas seguras de gestão ambiental. Nós reconhecemos a importância das mudanças climáticas, da biodiversidade e dos direitos humanos, e entendemos que os impactos negativos de projetos sobre os ecossistemas, as comunidades e o clima devem ser evitados sempre que possível. Se esses impactos forem inevitáveis, eles deverão ser minimizados, mitigados e/ou compensados”. Op. cit. p. 03.

¹⁶⁹ É essencial a transcrição dos primeiros argumentos que sustentam o uso de uma abordagem consensual e serena para aquisição “forçada” de terras: “Caso não seja administrado a contento, o reassentamento involuntário pode resultar, com o passar do tempo, em sofrimento e empobrecimento de longo prazo para as pessoas e comunidades afetadas, bem como em danos ao meio ambiente e impactos socioeconômicos adversos em áreas para onde aquelas tenham sido deslocadas. Por essas razões, o reassentamento involuntário deve ser evitado. Porém, quando o reassentamento involuntário for inevitável, este deve ser reduzido e medidas apropriadas devem ser cuidadosamente planejadas e executadas para atenuar impactos adversos sobre as pessoas deslocadas e as comunidades hospedeiras. A experiência já mostrou que o envolvimento direto do cliente nas atividades de reassentamento pode resultar na implantação mais econômica, eficiente e oportuna dessas atividades, assim como na introdução de abordagens inovadoras à melhoria dos meios de sustento daqueles diretamente afetados pelo reassentamento. Muitas vezes, o governo desempenha papel central no processo de aquisição de terra e de reassentamento, inclusive na determinação de indenizações, sendo, por essa razão, um terceiro importante em muitas situações”. (Grifos nossos). *Padrão de Desempenho 05 – Aquisição de terra e reassentamento involuntário*. Abril de 2010. Disponível em: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/711ead8049800b2bada1ff336b93d75f/OS5%2Bclean%2Bportuguese.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso realizado em: 04 de maio de 2018.

apropriados e/ou outros benefícios às pessoas ou comunidades afetadas, bem como atenuando os riscos de assimetrias relacionadas com o acesso à informação e o poder de barganha. Os clientes são orientados a, sempre que possível, adquirir terra ou obter acesso à terra mediante acordos negociados, ainda que disponham de meios legais para adquirir a terra sem o consentimento do vendedor”.¹⁷⁰

O ponto que nos importa, majoritariamente, diz respeito à oferta de “incentivos justos e apropriados e/ou outros benefícios às pessoas ou comunidades afetadas”. Há, aqui, um reconhecimento de que a simples oferta do valor de mercado do bem – ainda que esta corresponda, de fato, ao seu real valor – muita das vezes não satisfaz de imediato o particular. As razões não são poucas, uma vez que qualquer medida autoritária desagrade aquele que pacificamente resta em sua propriedade, sem intenção, em tese, de dela se alijar; existe, também, certo sentimento de desconfiança quanto aos reais interesses do administrador, como numa presunção de que toda intenção advinda de um superior é moldada pela má-fé.

Por isso, de bom tom é uma proposição de ampla reparação da perda do imóvel, cujos resultados, nas próprias palavras da IFC, são deveras satisfatórios. Estes incentivos justos e apropriados implicam num modelo de indenização abrangente – mais à frente melhor retratado -, valorizador da terra sobre a qual se assenta o expropriado e sensível às dificuldades inerentes a um deslocamento involuntário:

“[...] O cliente oferecerá às pessoas e comunidades deslocadas indenização por perda de bens ao custo total de reposição, bem como outras formas de assistência que as ajudem a melhorar ou restabelecer seus padrões de vida ou meios de sustento, conforme disposto neste Padrão de Desempenho. Os padrões para indenização serão transparentes e aplicados de maneira uniforme a todas as pessoas e comunidades afetadas pelo deslocamento. Nos casos em que os meios de sustento das pessoas forem baseados na terra, ou em que a terra for de propriedade coletiva, o cliente, quando tal for viável, oferecerá aos deslocados indenização baseada na terra. [...] O cliente

¹⁷⁰ *Ibidem.* p. 01.

também propiciará às pessoas e comunidades deslocadas oportunidades para se beneficiarem do desenvolvimento proporcionado pelo projeto”.¹⁷¹

As técnicas consensuais, na linha do exposto, imprimem uma exigência de compreensão da realidade dolorosa que usualmente permeia um ato expropriatório.¹⁷² Por conseguinte, uma das formas mais convenientes de se evitar transtornos maiores aos particulares, e até mesmo à Administração Pública, se esboça na adoção de práticas de interlocução transparentes e previsíveis, ainda pouco adotadas no cenário brasileiro das desapropriações, mas fartamente conhecidas pelas administrações exteriores. Vejamos os exemplos.

Em Portugal, por exemplo, o Código das Expropriações de 1.999¹⁷³ estabeleceu um pré-procedimento expropriativo como um “meio de obstar à expropriação”, segundo as palavras de Fernando Alves Correia.¹⁷⁴ Neste modelo procedimental português, a Administração Pública deverá editar uma *resolução de expropriar*, ato preliminar à declaração de utilidade pública, com o desígnio de declarar o interesse da entidade expropriante sobre determinado bem particular para satisfação de um fim público. Constará do ato, cuja fundamentação deverá ser exauriente: (i) a causa de utilidade pública; (ii) os bens a expropriar, os proprietários e demais interessados; (iii) a previsão do montante dos encargos a suportar com a expropriação; e (iv) o previsto em instrumento de gestão territorial para os imóveis a expropriar para a zona da sua localização. A *resolução de expropriar*, além dos fatores listados, revelará consigo uma proposta de aquisição pela via do direito privado, que terá como referência o valor inserto no relatório elaborado por perito da lista oficial. Caso aceita, a aquisição do bem deverá ser compreendida como uma mera transação revestida em um contrato de compra e venda, a configurá-la como uma aquisição de natureza derivada.¹⁷⁵

¹⁷¹ *Ibidem*. p. 03.

¹⁷² Utilizamos o advérbio “usualmente”, pois, certas vezes, as expropriações recaem sobre bens particulares inabitados ou pouco aproveitados, o que sugere uma menor conexão de subsistência com o espaço ou coisa pretendida pelo Poder Público.

¹⁷³ Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/436/201701182146/exportpdf/normal/1/cacheLevelPage?LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. Acesso realizado em: 07 de maio de 2018.

¹⁷⁴ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. Vol. II. Coimbra. 2014. p. 378. O professor refere-se à expropriação como “a *ultima ratio* ou como instituto de caráter subsidiário em relação aos instrumentos jurídico-privados de aquisição de bens”. *Ibidem*. p. 375.

¹⁷⁵ Entendimento perfilhado por Fernando Alves Correia. Op. cit. p. 378. No mesmo caminho, Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, na Apelação n. 483/07.8TBVGS.C2, Teles Pereira, em 24.09.2013.

De se perceber, assim, que o legislador português primou por uma postura consensual, quando da adoção de um procedimento expropriativo normal. Basta observar que à Administração Pública portuguesa é exigida uma postura preliminar voltada ao alcance de um acordo administrativo, que vem a suprimir a necessidade de se declarar a utilidade pública da coisa. Ainda assim, mesmo que declarada a utilidade pública do bem, mais uma vez deverá o administrador adotar uma medida “amigável”, por meio de uma nova proposta de aquisição que, quando aceita, obstaculizará o emprego de um procedimento litigioso da expropriação.¹⁷⁶

Isto é, a experiência administrativa de Portugal reconhece a oportuna função exercida pelos acordos extrajudiciais, motivo pelo qual não há procedimento expropriatório – no caso do procedimento normal – que possa ser operado sem o auxílio de práticas que valorizem a consensualidade.¹⁷⁷ No mais, ainda que não prevista no Código das Expropriações, a doutrina portuguesa¹⁷⁸ costuma se debruçar sobre a necessidade de realização da *audiência prévia dos interessados*, a ser compreendida como um instrumento precedente à declaração de utilidade pública, que outorga ao particular os mecanismos de contestação e discussão sobre a legalidade e necessidade da expropriação que a si é direcionada, permitindo o estabelecimento do contraditório entre expropriante e expropriado, de forma a viabilizar o reparo de possíveis impertinências formais e materiais constatadas no curso procedimental.¹⁷⁹

Caminhando pouco mais, vale dizer: se, no cenário de Portugal, já se evidencia uma predisposição considerável para utilização de mecanismos consensuais

¹⁷⁶ É aquilo que estranhamente se denomina de “expropriação amigável”, contida no artigo 33.º do CE.

¹⁷⁷ Todavia, como no caso brasileiro, a vida administrativa insiste em sonegar ao administrado os direitos que lhe foram concedidos por lei. É que, em Portugal, a exceção se tornou a regra, eis que a quase totalidade das expropriações é decretada em caráter de urgência, a dispensar o administrador da adoção de um pré-procedimento expropriativo. Em aprofundado estudo sobre o tema, Micaela Carina Pereira Lima adverte que cerca de 95% das expropriações foram declaradas com caráter de urgência na década de 90, não havendo indícios de qualquer sorte de modificação nos anos 2000. LIMA, Micaela Carina Pereira. *Por um novo procedimento e processo de expropriação – uma simplificação urgente no Código das Expropriações*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Coimbra. 2012. p. 69.

¹⁷⁸ Neste sentido cfr.: CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. Op. cit. p. 382. COSTA, Pedro Elias da. *Guia das Expropriações por Utilidade Pública*. Lisboa. 2003. p. 91. GIL, Ana Rita. *Regime Jurídico das Expropriações por Utilidade Pública*. In: *Direito do Urbanismo e do Ambiente: Estudos Compilados*. Coord. CEBOLA, Cátia Marques; MENDES, Jorge Barros; FERRÃO, Marisa Caetano; ALMEIDA, Susana. Lisboa. 2010. p. 226. LOPES, Dulce. *O Código das Expropriações: enquadramento geral e inovações. O procedimento expropriativo*. In: *Seminário – avaliação do Código das Expropriações*. Coimbra. 2003. p. 24.

¹⁷⁹ Apesar da robusta corrente doutrinária favorável ao uso do instrumento, não há como se sonegar a informação de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo não se alinha nesta direção. Cfr. STA, Acórdãos da Primeira Secção, 04.10.2001, Proc. n. 36.854 e Proc. n. 46.819, de 12.12.2002.

nas expropriações, será em França que poderemos observar uma exaustiva delimitação do procedimento administrativo da expropriação, revelado no seu *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*.¹⁸⁰ Vejamos, em breves linhas, os mecanismos procedimentais adotados pela legislação francesa que auxiliarão na proposição de ferramentas similares a serem aplicadas na realidade brasileira.

Reformado no ano de 1958, o Código das Expropriações francês buscou delimitar um procedimento da expropriação que tanto servisse à garantia do patrimônio privado quanto à celeridade da entrada da Administração Pública no bem.¹⁸¹ Nesta toada, ainda em sua fase administrativa, dois instrumentos que evidenciam a busca pela transparência e consensualidade se destacam no diploma legal: (i) a *enquête publique préalable* (inquérito ou audiência pública prévia); e, (ii) o *arrêté de cessibilité* (ordem ou decreto de cessão).

Diferentemente do caso português, o ordenamento jurídico de França inviabiliza a declaração de utilidade pública do bem, sem que antes se proceda à realização de uma audiência pública prévia (*enquête publique préalable*). O objetivo almejado com esta audiência prévia é o de conectar o administrador e o administrado de modo equidistante, a facilitar que o Poder Público conheça as especificidades territoriais e as opiniões dos particulares e das coletividades interessadas na forma como será conduzida a expropriação.¹⁸² Ademais, para recrudescer a transparência administrativa,

¹⁸⁰Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074224&dateTexte=20080505>. Acesso realizado em: 07 de maio de 2018.

¹⁸¹ PEISER, Gustave. *Droit Administratif des biens*. 20. ed. Dalloz. Paris. 2010. p. 110. De acordo com o jurista francês, a maioria dos procedimentos especiais da expropriação foram extintos; as fases administrativas e judiciais podem ser adotadas simultaneamente; a fixação da indenização passou a ser confiado a um juízo único; etc.

¹⁸²Eis o dispositivo legal (Article L11-1): “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 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 des autres intéressés. L'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique est menée par un commissaire enquêteur ou une commission d'enquête dont les modalités de désignation et les pouvoirs sont définis par les dispositions du chapitre III du titre II du livre Ier du code de l'environnement [...]”. Tal dispositivo evidencia a preocupação do legislador com a imparcialidade, o contraditório e com uma investigação prévia da realidade imobiliária com a qual a Administração Pública irá se deparar. Por mais que longa, vale a transcrição do conteúdo e da proceduralização da expropriação resumidas por Gustave Peiser: “Cette enquête, obligatoire, a pour objet de faire connaître à l'administration, l'avis des collectivités et des particuliers sur le projet, de recueillir toutes les informations utiles. Un dossier est constitué par l'autorité expropriante. Il doit être composé différemment suivant que la déclaration est demandée en vue de la réalisation de travaux ou d'ouvrages ou de l'acquisition d'immeubles. [...] Ce dossier est transmis au préfet que désigne un « commissaire enquêteur » ou une « commission d'enquête ». Après avoir recueilli divers avis, dont certains peuvent être obligatoires [...] le commissaire ou la commission émet un avis favorable ou défavorable”. PEISER, Gustave. Op. cit. p. 114. Em sentido

toda *enquête publique préalable* deverá vir acompanhada de um dossiê, pelo qual o administrador é obrigado a fornecer as razões da escolha de determinado projeto; um plano de situação dos imóveis envolvidos; e uma estimativa financeira dos custos que estão em causa, a garantir aos particulares uma segurança quanto à capacidade financeira do Poder Público para moção das expropriações e das obras públicas.

Assim, não há como olvidar que esta intenção de fomentar o contraditório e a transparência, encerrada legalmente no Artigo L11-1 do CE francês, guarda profunda similaridade com as sugestões contidas nas diretrizes do IFC e do Princípio do Equador, a revelar, ao menos implicitamente, que a adoção de medidas transparentes e abertas ao diálogo facilitam o alcance de uma solução célere da expropriação. E, se este não for o caso, pelo menos terá o administrado a plena capacidade de se defender de modo digno perante o juízo competente, salvaguardando o direito fundamental à propriedade.

Em continuidade, o segundo instrumento de promoção da transparência e consensualidade resta contido no *arrêté de cessibilité* (ordem ou decreto de cessão). De acordo com a legislação francesa, o decreto de cessão da propriedade também deverá ser precedido de um novo inquérito parcial (a *enquête parcellaire*)¹⁸³, objetivando um procedimento contraditório para que sejam conhecidos os reais proprietários e os terrenos específicos que sofrerão a força expropriatória, aproximando cada vez mais as partes que, em tese, possuem interesses indiscutivelmente conflitantes num processo expropriatório.¹⁸⁴ É dizer, dentro deste conjunto normativo da fase administrativa da expropriação em França, o legislador alienígena fez questão de providenciar mecanismos democráticos de interlocução entre o gestor público e o administrado,

similar, no que se refere à definição deste instrumento, cfr.: LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Tomo II. 9. ed. Paris. 1992. p. 342.

¹⁸³ Traduzida livremente, a ideia contida em uma “*enquête parcellaire*” induz-nos à percepção de que a mesma se trata de um mecanismo mais restrito aos reais interessados no ato, como os proprietários e os detentores de direitos reais.

¹⁸⁴ Na dicção de Laubadère e coautores: “L’arrêté de cessibilité est l’acte par lequel sont identifiées les propriétés dont l’expropriation est poursuivie. Cette opération de la phase administrative, qui existait déjà dans le régime antérieur à 1958, est précédée d’une nouvelle enquête, dite enquête parcellaire, dont l’objet est de permettre de procéder contradictoirement à la détermination des parcelles à exproprier, ainsi qu’à la recherche des propriétaires, des titulaires de droits réels et des autres intéressés. L’arrêté identifie évidemment les terrains concernés par l’expropriation [...] L’arrêté de cessibilité est pris par le préfet à la suite de l’enquête parcellaire. Toutefois, l’ordonnance de 1958 [...] prévoit que l’acte déclaratif d’utilité publique peut tenir lieu en même temps d’arrêté de cessibilité et dispenser [...]”. LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. Op. cit. p. 354. Interessante verificar que a matéria concernente ao instrumento em análise encontra-se disposta nos artigos R. 11-19 e ss. do CE francês. O mesmo determina, já no artigo R11-20, que o *arrêté* deve precisar o objeto do inquérito, sua data e duração, jamais inferior a quinze dias, bem como a data e a hora em que os dossiês estarão disponíveis para consulta dos interessados.

possibilitando a ambos os lados o conhecimento de aspectos críticos inerentes ao procedimento expropriatório.

Todavia, apesar da vasta delimitação administrativa da desapropriação em França, parece-nos que em um ponto o legislador português foi mais cauteloso, sendo este: a dicção quanto ao procedimento a ser adotado para o alcance de um acordo amigável.¹⁸⁵ Ora, são poucas as instruções legais, no caso francês, quanto à formalização de um acordo que venha a evitar a própria declaração de utilidade pública, ou, se assim não for possível, que solucione a expropriação tão logo esta tenha sido declarada. Ao reverso, na didática portuguesa, como visto, o administrador deve não só buscar formalizar um acordo antes mesmo da D.U.P., mas também depois dela, via celebração de uma “expropriação amigável”.¹⁸⁶

Destarte, por mais valiosas sejam as lições extraídas da legislação e doutrina externa em destaque,¹⁸⁷ as proposições delas decorrentes deverão formalizar um amálgama legal reconhecedor dos méritos próprios de cada uma delas, desde que compatíveis e harmônicos não só com o ordenamento jurídico brasileiro, mas também com a realidade prática de nossa Administração. A verdade é que não se pode pretender copiar diplomas alienígenas com os olhos vendados para a situação local, pois, se assim fizéssemos, as proposições que ora serão dispostas jamais perderiam este status - de proposições.

A primeira proposição legal plenamente compatível com o cenário administrativo brasileiro se refere à necessidade de transparência. Os princípios da

¹⁸⁵ Para um estudo sobre as consequências da formalização de um acordo amigável (*accord amiable*) antes ou depois da declaração de utilidade pública do bem, cfr.: PEISER, Gustave. Op. cit. pp. 128-129.

¹⁸⁶ Artigos 11.º (aquisição via direito privado) e 33.º (expropriação amigável) do Código das Expropriações de 1.999.

¹⁸⁷ Não se pode deixar passar em branco a extensa legislação espanhola sobre o procedimento administrativo da expropriação, encontrada na “Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa” (LEF). Nesta, que propriamente regulamenta uma fase administrativa em seus artigos 9.º ao 31.º, encontramos valiosos dispositivos que regem a busca pela consensualidade (artigos 24.º, 29.º e 30.º). Vejamos o primeiro: Artigo 24.º “La Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. En caso de que en el plazo de quince días no se llegara a tal acuerdo, se seguirá el procedimiento que se establece en los artículos siguientes, sin perjuicio de que en cualquier estado posterior de su tramitación puedan ambas partes llegar a dicho mutuo acuerdo”. No mais, para uma visão detalhada sobre o extenso procedimento da desapropriação em Espanha, aliada a uma farta análise da jurisprudência local, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Op. cit. pp. 276-320.

publicidade dos atos públicos, da moralidade estatal, bem como da motivação dos atos administrativos, impõem ao gestor uma necessidade contínua de justificação de sua atuação pública. Nesta medida, sendo certo que a Lei Geral de Desapropriação brasileira carece de qualquer determinação neste sentido, torna-se urgente a constituição de um rol mínimo de informações a serem prestadas pela entidade expropriante aos particulares e organismos diretamente interessados no ato ablativo, dentre as quais sugerimos: (i) a realização de uma audiência prévia dos interessados ou de ampla consulta pública, variável conforme a extensão dos projetos executivos, que vise formalizar uma interlocução direta entre a Administração e os particulares, afetados ou não pelas desapropriações futuras, possibilitando, assim, sejam esclarecidos pontos controversos quanto à titularidade dos imóveis e problemas registrais, bem como para que sejam proferidas sugestões quanto aos locais mais convenientes para investida administrativa; (ii) a elaboração de ato de justificação dos interesses públicos determinantes para iniciativa da desapropriação, a permitir que o expropriado conheça, em detalhes, as razões pelas quais seu bem deverá ser incorporado ao patrimônio estatal; (iii) uma previsão orçamentária mínima dos gastos públicos provisionados com a obra pública, também variável conforme a complexidade dos projetos, com a conseqüente apresentação de garantias orçamentais capazes de, no mínimo, integralizar as despesas expropriatórias; (iv) a apresentação de cálculos, pelos setores competentes, que estabeleçam estimativas quanto ao custo real da desapropriação visada, consideradas aqui as projeções de gastos inerentes à fase judicial, tais como juros de mora e compensatórios, atualização monetária, honorários periciais e advocatícios, custeio de mudanças, etc., de modo que se possa confrontar tais projeções com as futuras contrapropostas apresentadas pelos expropriados; ao fim, mas não exaustivo, (v) a elaboração de dossiê compilador dos esclarecimentos e sugestões prestadas pelos interessados ao longo da fase administrativa, cujo propósito será o de facilitar futura consulta pública tanto dos cidadãos quanto dos órgãos jurisdicionais que possam vir a atuar na desapropriação.

Em verdade, acreditamos que tais requisitos elencados são de execução plausível, tão somente evitada até os dias atuais em razão da omissão legislativa quanto à matéria. Na sequência desses elementos indispensáveis à transparência da atuação pública na órbita da expropriação, também devem ser propostas linhas legais que

sugestionem o alcance de um acordo administrativo após à declaração de utilidade pública.

Assim é que sugerimos – inspirados pelo CE de 1.999 – seja obrigatório o encaminhamento de uma proposta de aquisição pela via do direito privado em conjunto com o ato de justificação dos interesses públicos determinantes, excetuados os casos de desapropriações urgentes.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹ Por meio deste mecanismo, cujo procedimento será proposto no tópico subsequente, espera-se que particular e expropriante iniciem tratativas realmente direcionadas ao consenso, na qual os interessados evitem posturas engessadas de negociação e passem a fazer, conseqüentemente, concessões aos interesses opostos, como, por exemplo: custeio de alugueis temporários, despesas com mudanças, etc., por parte da Administração Pública.¹⁹⁰

Aqui são abertas, portanto, as vias para o tópico subsequente, no qual buscaremos apresentar um panorama geral de um procedimento administrativo a ser adotado pela Administração Pública brasileira no curso das expropriações por ela movidas, ou, em outros termos, do segundo *marco de operacionalização* previamente sugerido.

4.2. O respeito ao justo procedimento administrativo e seus efeitos

A primeira observação a ser feita quanto ao procedimento administrativo da desapropriação refere-se ao órgão competente para promovê-la. No cenário legal atual,

¹⁸⁸ Aqui cabe uma ressalva. É imperioso que o administrador incorpore o espírito consensual, evitando a banalização do uso de procedimentos excepcionais, que, caso fossem do interesse geral, não sofreriam esta adjetivação.

¹⁸⁹ Esta obrigatoriedade da adoção de medidas consensuais também é referida por Patrícia Baptista: “A fase negocial dos processos expropriatórios deve ser considerada indispensável, podendo ser exigida a demonstração da busca efetiva de consenso por parte da Administração, sem prejuízo da adoção de medidas neste sentido pelas próprias Procuradorias”. BAPTISTA, Patrícia. *Consensualidade e justo preço...* Op. cit. p. 18. Na mesma linha, porém agora ao tratar do ainda vigente Decreto-lei n. 3.365 de 1941, José Carlos de Moraes Salles afirma que: “O acordo deve ser sempre tentado pela Administração, antes do apelo à via judicial. Esta só deve ser seguida quando esgotados todos os recursos para uma composição amigável com o particular expropriado”. SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo. 2009. p. 211. Apesar de concordarmos integralmente com a posição do autor, a realidade é que, na ausência de tal determinação legal, não raro as desapropriações movidas no Brasil dispensam tentativa de acordo com o expropriado, iniciando o procedimento judicial de imediato.

¹⁹⁰ Esta também consta como uma das sugestões apresentadas por Baptista: “Para fins de acordo, deve-se admitir a inclusão de parcelas tais como despesas com mudança e aluguel provisórios, pagamento de financiamentos pendentes, despesas com documentação e impostos e, inclusive, a entrega de prestações in natura, sempre tendo em vista a recomposição o mais ampla possível da situação jurídica, financeira e social do expropriado e tendo como limite a vedação do enriquecimento sem causa”. BAPTISTA, Patrícia. *Consensualidade e justo preço...* Op. cit. p. 19.

a despeito da competência para declaração de utilidade pública restar obviamente sob os mandos do chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito)¹⁹¹, cabe, em boa parte, às Procuradorias (municipais ou estaduais) e à Advocacia Geral da União (AGU) a função de dar andamento ao procedimento expropriatório, uma vez que são compostas por profissionais com ampla capacidade técnico-jurídica, usualmente auxiliados por setores de engenharia e cálculo de suas administrações. De se lembrar, ao mais, que o procedimento expropriatório, no Brasil, é majoritariamente constituído no âmbito judicial, impondo à Administração que esta seja sempre auxiliada por profissionais do ramo do Direito.

Isso, todavia, não representa óbice algum à boa condução de um eventual procedimento administrativo, senão muito pelo contrário. Ao nosso ver, na linha de um novo procedimento administrativo expropriatório, sugerível seria uma atuação conjunta dos membros diretos da Administração Pública e de seus assistentes jurídicos, para que, a um só tempo, a desapropriação seja movida por profissionais habituados com a gestão da vida pública e juridicamente referendada por especialistas da matéria.¹⁹² Tal composição obstaculizaria eventuais acordos destoantes dos parâmetros da proporcionalidade, bem como a condução de um procedimento pouco flexível, usualmente verificável em profissionais que têm como mote à observação irrestrita da letra fria da lei.¹⁹³

A segunda observação refere-se ao fato de que não importa ao presente trabalho seja elaborada uma verdadeira cartilha para um novel procedimento administrativo da desapropriação. *Primo*, pois reconhecemos que a seriedade da temática exige um zelo democrático impossível de ser atingido mediante investigação científica individual. *Secundo*, porque a elaboração de um novo rito administrativo da expropriação assumiria contornos dignos de um estudo próprio, ou seja, dissociado do esquadrinhamento que ora se faz. Dadas as razões acima, tudo o que segue deve ser interpretado como meras sugestões individuais, resultantes de aprofundada apuração das

¹⁹¹ Vide: Art. 6º - A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito.

¹⁹² Nesta linha de raciocínio, cfr. Patrícia Baptista: “Os termos do acordo firmado precisam ser submetidos ao exame das Procuradorias de desapropriação para a avaliação da respectiva juridicidade, especialmente quanto à proporcionalidade dos parâmetros adotados”. Op. cit. p. 19.

¹⁹³ Por mais genérica seja tal constatação, há de se destacar que a intenção aqui passa ao largo de qualquer juízo de valor quanto à lisura e competência dos profissionais de cada eixo do setor público. Busca-se, pura e simplesmente, constatar que gestores públicos experientes usualmente detêm maior facilidade na condução de acordos do que os profissionais do Direito. E nisso não há demérito.

críticas doutrinárias e proposições legais alienígenas. Repudiemos, então, os dogmas e valorizemos as incertezas das recomendações.

Esclarecidos os pontos, é chegado o momento de apresentarmos sugestões procedimentais para um procedimento administrativo *ordinário* da expropriação, conformado com a incorporação dos instrumentos consensuais e de transparência acima estudados.

Pois bem. Advindo o interesse público de realizar determinado projeto, seja qual for o seu escopo, passará a ser de responsabilidade do administrador promover estudos cadastrais dos imóveis que serão afetados (matrículas imobiliárias, titularidade, existência de ônus reais, etc.), de modo que, ao término da elaboração do projeto básico, possa o ente expropriante convocar os interessados diretos para uma audiência prévia, mediante notificação com aviso de recebimento,¹⁹⁴ ou para ampla consulta pública, cujos interesses primordiais serão os de discutir a conveniência da obra pública, sanar dúvidas cadastrais dos imóveis e determinar a real extensão das desapropriações visadas. Sugerível, ainda, sejam as consultas públicas: (i) estendidas por lapso temporal razoável, com o fito de alcançar número expressivo de opiniões e esclarecimentos da realidade imobiliária local; e, (ii) precedidas de publicação de editais a serem fixados tanto nos murais das sedes administrativas regionais ou locais, bem como em jornais de grande circulação.

Nesta ordem, superada a fase consultiva e elucidadas as dúvidas existentes – na medida do possível - tanto por parte da Administração quanto pelos interessados, é que se pode admitir seja decretada a utilidade pública do bem e tentada a aquisição administrativa da coisa. É crucial consignar que, no caso brasileiro, diferentemente do português, a declaração de utilidade pública do bem – antes da proposta de aquisição administrativa - é um instrumento interessante para evitar qualquer sorte de argumento futuro tencionado à imputação de um suposto desvio de finalidade na conduta administrativa.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Aliás, nada impede que, no cenário tecnológico atual, possa a Administração Pública se socorrer, também, de ferramentas eletrônicas de comunicação.

¹⁹⁵ Compreendemos que não há verdadeiro mal em se proceder à declaração de utilidade pública do bem antes mesmo da proposta de aquisição. O interesse primordial, rememore-se, é o alcance da consensualidade ainda numa fase administrativa, exatamente como se daria nessa hipótese.

Já quanto à declaração de utilidade pública em si, é altamente recomendável que a mesma seja decretada pelo chefe do Poder Executivo, desde que contenha em seu arrazoado os seguintes esclarecimentos e proposições: (i) descrição detalhada do imóvel expropriado ou da zona territorial abrangida pelo decreto, e, por consequência, dos seus proprietários e possíveis gravames reais existentes sobre os imóveis; (ii) apresentação do interesse público determinante para moção das desapropriações, sendo facultado ao administrador a indicação da hipótese legal compatível com o projeto público, bem como seja apresentada a destinação específica a ser dada ao bem desapropriado; (iii) previsão orçamentária dos custos operacionais das desapropriações movidas, acompanhada de documentos comprobatórios da capacidade financeira do ente expropriante ou de garantias pecuniárias compatíveis; (iv) autorização de vistorias técnicas dos imóveis expropriados – *vistoria ad perpetuam rei memoriam* –, visando estabilizar o quadro de situação dos bens (benfeitorias existentes, conservação, condições de segurança, etc.); (v) caso exigíveis, apresentação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de impacto ambiental (RIMA), nos moldes da Resolução CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986; e, (vi) indicação expressa do prazo de caducidade da D.U.P., que, no nosso entender, deve ser inferior aos cinco anos atualmente previstos.¹⁹⁶

Assim, considerando que a declaração de utilidade pública é o ponto nodal do procedimento expropriatório,¹⁹⁷ e, uma vez preenchidos os requisitos acima, tornar-se-á possível seja iniciada a fase de execução do procedimento administrativo expropriatório, a qual convencionamos denominar de *fase de negociação*.

Tal etapa, que se julga indispensável a todos os procedimentos expropriatórios, inclusive àqueles com decretação de urgência¹⁹⁸, deve ser iniciada

¹⁹⁶ Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_1986_001.pdf. Acesso realizado em: 08 de maio de 2018. A publicidade do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) constitui uma exigência constitucional, *verbis*: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]IV - exigir, 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”.

¹⁹⁷ Neste sentido, cfr.: HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. Op. cit. p. 80.

¹⁹⁸ Apesar de fugir ao tema, acreditamos que um procedimento de urgência da desapropriação, cujo fim único sempre será o de acelerar a imissão na posse, deverá transcorrer majoritariamente no âmbito judicial. Isto não obsta, todavia, seja tentada uma composição “amigável” antes mesmo do ajuizamento da ação, dentro do rito ora proposto. É esta, inclusive, uma das inovações sugeridas pela Comissão de Revisão do Código das Expropriações de 1999 de Portugal, também defendida por Fernando Alves

mediante uma proposta de aquisição administrativa da coisa, a ser enviada ao particular via notificação extrajudicial, por meio da qual o Poder Público indicará os fundamentos suficientes que justifiquem a desapropriação – *ato de justificação* -, bem como apresentará os cálculos periciais de avaliação do imóvel. Seguirá a notificação com o aviso próprio de designação de vistoria do bem, previamente autorizada pela declaração de utilidade pública. Espera-se seja criado, com a aplicação deste rito, um espaço de interlocução transparente entre expropriante e expropriado, a ser pautado por certa flexibilidade negocial.¹⁹⁹

Passo seguinte, detendo o expropriado o ato de justificação do procedimento expropriatório, assim como o relatório de avaliação administrativa da coisa, ser-lhe-á facultado, dentro de prazo razoável,²⁰⁰ concordar com os cálculos apresentados ou apresentar contraproposta apurada por si ou por perito de sua livre escolha, na qual o expropriado poderá incluir não só o valor de mercado do imóvel, mas também os custos acessórios inerentes a transmissão da propriedade.²⁰¹ Nesta senda, recebida a contraproposta dentro do prazo convencionado, a Administração Pública, observados os valores da transparência e da consensualidade defendidos à exaustão no presente estudo, aprovará ou não os cálculos do expropriado, desde que os mesmos não superem as projeções administrativas inicialmente imaginadas.²⁰²

Caso aceita a contraproposta, e, comprovado o depósito integral do valor em conta de titularidade do expropriado, é que celebrarão os interessados o acordo de transmissão da propriedade (similar a uma compra e venda privada), a ser levado ao

Correia. CORREIA, Fernando Alves; *A propósito de um Projeto de Revisão do Código das Expropriações de 1999*. In: Conferências - Direito Administrativo, Universidade de Coimbra. Coimbra. 2016. pp. 31-34.

¹⁹⁹ Exemplo: não há impedimento, desde que posteriormente consignado no procedimento administrativo pertinente, para existência de tratativas verbais (presenciais ou eletrônicas) que facilitem a troca de percepções e que acelerem o deslinde da expropriação.

²⁰⁰ Por mais que a didática processual civil brasileira, consolidada pelo Código de Processo Civil de 2015, usualmente estabeleça o prazo de 15 (quinze) dias úteis para manifestação nos autos, compreendemos que ao procedimento expropriatório, em razão de suas peculiaridades periciais, deveria ser concedido prazo ligeiramente superior, tal qual o de 20 (vinte) ou 30 (trinta) dias, dependendo da modalidade de notificação, qual formulado pelo artigo 11.º, 5, do Código das Expropriações de 1.999.

²⁰¹ Peculiaridade que não se pode perder de vista diz respeito ao pagamento dos honorários periciais. É que, no Brasil, boa parte das desapropriações é direcionada sobre imóveis de cidadãos hipossuficientes, o que ceifaria a possibilidade de apresentação de uma contraproposta baseada em laudo pericial particular. Neste tocante, comprovada a hipossuficiência, entendemos possível sejam os honorários periciais quitados pelo próprio ente expropriante, afinal foi este quem acendeu a centelha da expropriação.

²⁰² Fazemos alusão, pois, ao item (iv) do tópico anterior, no qual estipulamos a necessidade de uma projeção completa dos possíveis dispêndios advindos de uma fase judicial, a permitir que o administrador compreenda ou não pela conveniência da continuidade expropriatória.

registro de imóvel competente para devida transcrição imobiliária. Caso contrário, compreendendo a Administração que os valores requisitados pelo expropriado superam os limites da proporcionalidade e as projeções orçamentárias iniciais, a mesma deverá oferecer comunicação de negativa de acordo, com a devida exposição de motivos que levaram o Poder Público a compreender pela conveniência do início de uma fase litigiosa da desapropriação, agora a ser decorrida no bojo do Poder Judiciário.²⁰³

Quanto a esta fase, por mais que não componha o objeto específico de nossa pesquisa, certas advertências não podem passar *in albis*. A seriedade da investigação, que se pauta nomeadamente na falência do processo judicial da desapropriação contemporâneo, exige sejam traçadas breves recomendações para uma possível atualização dessa etapa usual do curso expropriatório.

Em primeiro lugar, é preciso compreender que o início de uma fase litigiosa da desapropriação não pode resultar no encerramento das negociações administrativas. A eficiência e consensualidade exaltadas estimam composições amigáveis, por mais que realizadas no curso das ações judiciais. Por tal razão, mesmo que estabelecida a fase judicial, deverá o administrador continuar com a filosofia de que a ação de desapropriação constitui a *ultima ratio* do procedimento expropriatório, o que sugere a formulação de um processo judicial também voltado às fórmulas de composição dos interesses.

Na sequência, em segundo lugar, caso fracassadas todas as tratativas negociais, ainda assim compreendemos que o aspecto mais nocivo do processo judicial da desapropriação necessita ser corrigido, qual seja: o pagamento de eventual diferença apurada em avaliação pericial via precatório. Os motivos para tal, já bem expostos,

²⁰³ Diferentemente do caso português, a tradição brasileira da resolução de conflitos ainda é majoritariamente pautada na seara judicial, o que implica em certa desconfiança de decisões condenatórias da Fazenda Pública confiadas a um juízo arbitral. Esclareça-se: por mais que julguemos interessante o estabelecimento de um juízo arbitral prévio ao acesso ao Poder Judiciário, tal qual proposto pelo CE de 1.999, é forçoso reconhecer que a realidade administrativa e judicial brasileira ainda se encontra deveras afastada de disposições desta sorte. No mais, apenas a título de curiosidade, é interessante notar que há certa discussão doutrinária, em Portugal, quanto à competência dos tribunais judiciais para julgar um possível recurso da decisão arbitral, no lugar de um tribunal administrativo. Impera, no entanto, a decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão de n.º 746/96 [DR, II Série, de 4 de Setembro de 1.996], na qual se pondera não haver óbice jurídico à designação de competência para tribunal judicial sobre questões administrativas, quando existe uma forte tradição jurídica nesse sentido. Para conferir tais palavras e argumentação mais sofisticada sobre o tema, ver CORREIA, Fernando Alves. *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*. Coimbra. 2000. pp. 73-74.

repudiam que a “justa e prévia indenização”, constitucionalmente estabelecida, seja paga anos após a perda da posse, razão pela qual reforçamos nossos votos no sentido de que cumpre ao Supremo Tribunal Federal julgar inconstitucional esta modalidade de pagamento nas expropriatórias. Ainda mais importante seria uma movimentação legislativa – Congresso Nacional – para aprovação de projeto de lei e Emenda Constitucional que revisassem o tratamento atualmente concedido à questão, de sorte a conceder, finalmente, voz ao espírito que circunda o pagamento *justo e prévio* da indenização.

Ante o exposto, muito embora de modo sucinto, compreendemos que as recomendações lançadas trabalhariam tão somente para reforçar um novo procedimento da desapropriação, o qual, no quadro atual, representa a mais fura faceta da falência administrativa no seu trato direto com os administrados. Superado o ponto, enfim, caminhemos para o último *marco de operacionalização* sugerido: a busca incessante de uma “justa e prévia indenização” e os elementos periciais e legais que facilitam seu alcance.

4.3. A busca pela “justa e prévia indenização”

Nas linhas doutrinárias de um dos maiores tratadistas da desapropriação, José Carlos de Moraes Salles, assim é versado o tema da indenização expropriatória:

“[...] Para que haja justeza e justiça na indenização, é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação. Não se deverá atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou do expropriado. A indenização deve, portanto, ser exata, no sentido de que ao expropriado há de se dar precisamente o equivalente ao que lhe foi tomado pelo expropriante”.²⁰⁴

Diante desta explanação, a pergunta que se dispõe é: como uma nova previsão procedimental administrativa da desapropriação poderia contribuir para o alcance de uma indenização justa e prévia? Respondendo na ordem inversa, aparenta-

²⁰⁴ SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. Op. cit. p. 442.

nos que a característica da previedade já restou definitivamente esclarecida, na medida em que o procedimento ora desenhado propõe a obtenção de uma solução consensual, a qual culminaria num depósito da oferta prévio à transferência da propriedade da coisa.

Já no que se reporta ao aspecto da justeza indenizatória – o qual foge ao nosso objeto de estudo – ousamos sustentar que uma previsão procedimental e legislativa prévia corroboraria fortemente ao primeiro item do binômio expropriatório (*justeza*). Isso porque, fossem traçadas vastas linhas legislativas a respeito dos fatores de valorização e depreciação do bem estimado pela Administração, tal qual imposto pelos Códigos das Expropriações e leis de expropriação alienígenas,²⁰⁵ impedir-se-ia um dos maiores obstáculos existentes ao alcance do consenso administrativo, qual seja: as ofertas insatisfatórias e acintosamente depreciativas da coisa expropriada. Ora, se o fito de um procedimento administrativo adequado é justamente o de evitar a judicialização do instrumento expropriatório, não se pode conceber que o mesmo seja iniciado com oferta que extrapole as raias do bom-senso, a soar quase como que um deboche ao patrimônio do desapropriado.

Destarte, caso a normativa legal exija e estabeleça, ainda na *fase administrativa*, parâmetros de cálculo e métodos de avaliação uniformes facilmente assimiláveis pela parte contrária interessada, o procedimento da desapropriação, se iniciaria, muito provavelmente, com chances superiores de obtenção de soluções consensuais.

Neste diapasão, fatores como a inserção ou não de lucros cessantes, fundo de comércio, valor de afeição, valor de conveniência e do valor histórico, no cálculo do montante indenizatório, devem ter suas conveniências examinadas pelo legislador, quando da concepção de uma possível renovação legal da matéria. Deixá-los à sorte do administrador-intérprete e do Poder Judiciário é corroborar para intensificação da odiosa insegurança jurídica que acompanha as desapropriações feitas em solo verde e amarelo.

Assim, por mais que devam ser discutidas no âmbito da vida democrática do Congresso Nacional, diminutas são as dúvidas quanto à pertinência da inserção de

²⁰⁵ No caso português, constante no Título III, artigos n.º 23.º ao 32.º do CE de 1.999. Já no francês, Secção 03, Artigos L-13-13 ao L-13-20.

certos fatores nos cálculos da indenização expropriatória, cujo propósito último será sempre o de facilitar a consensualidade. Exemplifiquemos em caso prático, antes do lançamento dos argumentos pertinentes: se um particular retira proveitos econômicos significativos de determinado imóvel, com sólidas projeções mensais de renda, é razoável esperar que, quando expropriado, o administrado tão somente aceitará oferta de indenização que contenha em seus cálculos a previsão dos lucros cessantes proporcionais.

Quer dizer, considerada a destinação ou a natureza do bem expropriado, serão geradas legítimas expectativas no particular quanto aos parâmetros de recomposição dos desfalques econômicos suportados. Daí por que, entendamos ser plenamente possível a inserção de indenizações por lucros cessantes, valor histórico e até mesmo pelo valor de afeição, quando, logicamente, o montante final não ultrapasse a projeção dos dispêndios advindos de uma possível ação judicial de desapropriação.

É mesmo verdade que uns poderiam advogar pela tese de que tais “recomposições” importariam num enriquecimento indevido do particular, uma vez que tais fatores de indenização superariam o valor de mercado do bem. Sucede, todavia, que tais elementos ativos constituem um organismo patrimonial, do qual o expropriado se aproveita da totalidade, o que lhe gera, por consequência, o direito de ser indenizado pela integralidade do ativo econômico que detém.

Neste sentido, a própria jurisprudência dos Tribunais Superiores já garante a indenização pelo fundo de comércio, dentro da via estreita da ação judicial de desapropriação,²⁰⁶ motivo pelo qual não haveria óbice algum fosse legalmente prevista a inserção deste fator nos cálculos administrativos da oferta expropriatória. Quanto ao mais, apesar de ser rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça,²⁰⁷ a reposição

²⁰⁶ Cfr. REsp 1395221/SP, Rel.: Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17.09.2013. “2. O valor a ser pago na desapropriação deve corresponder real e efetivamente ao do bem expropriado, de modo a garantir a justa indenização prevista no art. 5º, XXIV, da CF/88, motivo pelo qual deve ser incluída a quantia correspondente ao fundo de comércio. 3. Distinta é a hipótese em que a indenização pela perda do fundo de comércio é pleiteada por terceiro, locatário do imóvel expropriado, exigindo-se o ajuizamento de ação própria destinada à busca desse direito”. Interessante notar que aos terceiros deve ser imposta a utilização de via judicial distinta, o que poderia ser evitado dentro de uma fase administrativa da desapropriação como pretendida.

²⁰⁷ Cfr. REsp 1317372/TO, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.02.2018. “ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. LUCROS CESSANTES. JUROS COMPENSATÓRIOS. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO FEDERAL VIOLADO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 284/STF.

patrimonial dos lucros cessantes, no nosso entendimento, também deve ser computada nos cálculos administrativos. Como dito acima, negar ao particular a integralidade dos ativos advindos do bem expropriado é, acima de tudo, iniciar um procedimento expropriatório que invariavelmente culminará nas vias judiciais.

Por estas razões, fora de dúvida são as aplicações, no bojo dos cálculos da oferta expropriatória, tanto do fundo de comércio quanto dos lucros cessantes efetivos e não apenas prováveis.²⁰⁸ Questão diferente são as indenizações pelo valor histórico, de conveniência e de afeição,²⁰⁹ as quais, por mais que defendamos aplicáveis quando não ultrapassadas as projeções dos gastos administrativos, devem ser ponderadas caso a caso e bem justificadas pela Administração Pública.

De se ver, pois, que os fatores acessórios representam um importante papel na determinação do montante da justa e prévia indenização, o que implica, uma vez mais, no reconhecimento de que não só a nova fase procedimental deverá conter o rito exato a ser perseguido pelo administrador público, mas também orientações expressas de quais valores acessórios são imprescindíveis para os cálculos administrativos. Com esta medida espera-se que o administrado tenha maior conhecimento dos métodos de avaliação da coisa e o administrador maior segurança na sua atuação, tendo em vista que poderá se fundamentar na lei para realizar atos de disposição do patrimônio público.

Seja como for prevista legalmente, a verdade é que uma abordagem pragmática da questão tenderá a render mais frutos à vida administrativa, em comparação ao uso dos vetustos métodos expropriatórios. Como em todos os campos da vida, quando defendemos um critério moral ou uma crença particular de modo intransigente (no caso, por exemplo, o erário público ou o patrimônio privado), acabamos por vender nossos olhos às escolhas menos danosas a longo prazo, evitando prejuízos e desavenças a princípio remediáveis.

INCIDÊNCIA. 1. É inviável a cumulação de juros compensatórios e lucros cessantes em ação expropriatória". Perceba-se que há um impedimento quanto ao cálculo de lucros cessantes, justamente em razão dos juros compensatórios. Assim, como tal fator não existiria no lapso administrativo da desapropriação, ainda menores seriam os óbices para imposição do cálculo dos lucros cessantes evidentemente comprovados. Quanto à necessidade da inserção dos lucros cessantes e dos danos emergentes, mesmo que na fase judicial, cfr. SALLES, José Carlos de Moraes. Op. cit. p. 452.

²⁰⁸ *Idem*.

²⁰⁹ Valor de afeição é aquele que se prende à memória do expropriado, ao valor espiritual que se traduz num afeto pela coisa. Já o valor de conveniência se prende às questões materiais, à composição do espaço e às facilidades advindas deste local ao particular, tal como a proximidade do expropriado de seu ambiente de trabalho. *Ibidem*. p. 453.

A vida pública não pode, nem poderia, se pautar na escolha do litígio, em substituição ao consenso, razão pela qual a busca pela “justa e prévia indenização” deve, preferencialmente, caminhar nos trilhos da concertação administrativa.

4.4. Considerações finais

Com o presente capítulo buscou-se sugerir uma ordem procedimental administrativa mínima, para os casos de desapropriações ordinárias. Nesta ordem, vimos que cada *marco de operacionalização* apresentado acabar por formar um todo orgânico interdependente, quer dizer, no qual cada um destes vetores corporifica e á, ao mesmo tempo, corporificado pelos outros.

É que, se o norte da expropriação é a “justa e prévia indenização”, com a posterior transferência da coisa para o patrimônio público, a experiência negocial e administrativa apontam no sentido de que a melhor forma de alcançá-la será por meio da consensualidade, e não pelo litígio. Não há nada mais justo do que conceder ao particular expropriado, esteja ele(a) com disposição ou não para transigir, uma garantia de que a perda de sua propriedade de fato servirá ao preenchimento de uma finalidade pública, dentro de um procedimento equitativo e justo.

Talvez uma boa forma de raciocinar as duas visões que circundam a expropriação seja: para a Administração Pública a desapropriação é um mero instrumento utilizado em favor da consolidação de uma vontade governamental maior; ao reverso, para o administrado, a desapropriação é um fim em si mesmo, uma garantia de que a perda da propriedade não será em vão e que respeitará um rito legal claro, disposto a manter o status da propriedade como uma garantia intacto. Por isso a escolha pela maximização do justo e prévio procedimento administrativo.

5. CONCLUSÃO

A presente dissertação deve ser encarada como o mais novo dos inúmeros holofotes apontados à falência da desapropriação como feita no Brasil. As denúncias ao modelo expropriatório brasileiro não são poucas e exigem uma postura ativa do legislador nacional, único elemento capaz de reverter o lastimável cenário de insegurança jurídica que assola, sobretudo, o administrado. Neste mesmo tempo, o Estado Democrático de Direito, instituído desde a promulgação da Constituição da República de 1988, demanda espaço e conformações aos seus mandamentos não mais retardáveis, o que indica um cenário político-constitucional propício para as mudanças propostas ao longo do estudo. Relembremos, pois, a sequência de constatações e argumentos que foram consolidados, para que, ao termo, possamos traçar as conclusões pertinentes.

Pois bem. Iniciamos nossa pesquisa com a indicação dos aspectos históricos do instituto da desapropriação e como estes, de forma direta ou indireta, influenciaram a Lei Geral de Desapropriação de 1941 (Decreto-lei n. 3.365/41),²¹⁰ cuja ideologia reflete as visões autoritárias do então Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, Prof. Francisco Campos. Não à toa, vimos que a LGD foi concebida para perpetuar um modelo vertical de tratamento entre a Administração Pública e seus administrados, a facilitar, até os dias atuais, a prática de atos autoritários pelos agentes administrativos nacionais. Demonstrou-se, ainda, que a deficiência de uma previsão procedimental administrativa é conhecida de longa data, conforme apontado por Eurico Sodré em suas anotações sobre o diploma: “Manteve [a LGD], também, em suspenso o procedimento administrativo para declaração da utilidade pública, deixando assim de baixar normas uniformes para todas as autoridades circunscricionais do país, relativas à elaboração e aprovação dos planos preliminares de obras e serviços, exposição dos motivos determinantes dos decretos declaratórios financiamento das desapropriações[...]”²¹¹

Nesta senda, o instituto da desapropriação, que deve ser enxergado como uma pré-ponderação constitucional de supremacia do interesse público sobre o privado, que se findaria com a declaração de utilidade pública ou interesse social, acaba por

²¹⁰ Rememoremos que a profunda judicialização do processo de expropriação feito no Brasil assenta suas raízes na longínqua Lei de 09 de setembro de 1836 (Império), inspirada diretamente na legislação francesa de 1810. Vide item 1.3.

²¹¹ Vide item 1.3.1.

estender suas raízes sobre o próprio procedimento da expropriação, desvirtuando a lógica constitucional reinante no sentido de que administrado e Administração ocupam o mesmo patamar valorativo. Esta perpetuação de um modelo legal autoritário conjugado com uma aplicação equivocada do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, após a declaração de utilidade pública, é o que permite, ao nosso ver, sejam ofertados valores irrisórios e descompromissados com a busca de um acordo administrativo, tão desejável à boa condução do procedimento expropriatório.

Por esta razão é que a jurisprudência, conforme visto, vem criando empecilhos e reinterpretando o Decreto-lei n. 3.365/1941, com o intuito de perpetuar o caráter fundamental conferido à propriedade privada pela Carta da República de 1988. Obstáculos à entrada do Poder Público na posse do imóvel, aplicação de juros moratórios e compensatórios consideráveis, são apenas alguns dos exemplos que comprovam a força exercida pelo Poder Judiciário para conformar o vetusto diploma aos padrões constitucionais contemporâneos.

Isto porque, de acordo com a nova ordem constitucional, a Constituição passou a ser o centro da vida política e jurídica do Estado, de modo que nada pode com ela faltar e falhar, inclusive o instituto da desapropriação. Nesta senda é que se tentou, pela via judicial, mitigar os danos advindos da aplicação literal do diploma expropriatório brasileiro, numa tentativa de adequação dos seus termos aos critérios da proporcionalidade e moralidade na atuação administrativa. Sucede, porém, que o Poder Judiciário detém suas limitações – diga-se de passagem, desejáveis – quanto ao seu poder de modificação da letra legal, mesmo quando este se presta a realizar uma *filtragem constitucional*. Percebemos que elementos como a avaliação do valor de mercado da coisa, mecanismos de interlocução entre administrado e administrador, dentre outros, continuaram a fugir do controle jurisdicional, o que não poderia significar, todavia, que os mesmos também fugiriam das raias constitucionais.

Portanto, a partir dessas considerações, iniciamos a exposição do movimento de constitucionalização da própria Administração Pública, e, conseqüentemente, da procedimentalização necessária para o avanço da aplicação e valorização dos direitos fundamentais, agora dentro de uma via equânime de tratamento, em que a Administração Pública atua em pé de igualdade com o(s) expropriado(s).

Práticas autoritárias e verticalizadas são, a partir de então, repudiadas e substituídas por modelos democráticos de discussão, primando pela eficiência do atuar administrativo.

Neste liame, indicamos que a LGD carece, profundamente, deste modelo procedimental administrativo, uma vez que a mesma se cinge a tratar da fase judicial da desapropriação, relegando ao senso comum do administrador as tratativas pretéritas ao ajuizamento da ação expropriatória. Tal falha normativa é evidente, quanto mais quando buscamos compreender o próprio conceito de desapropriação, que, em sua raiz, ostenta as vestes de um procedimento administrativo complexo, razão pela qual seria exigível que o instituto fosse iniciado por um desenvolvido encadeamento normativo procedimentalmente adequando às especificidades da desapropriação.

Diante desta necessidade, aventuramo-nos, ao longo do capítulo 4, a propor um modelo ordinário para a fase administrativa da desapropriação no Brasil, a ser guiado por três *marcos de operacionalização*: (i) valorização da eficiência administrativa; (ii) respeito ao princípio do procedimento administrativo equitativo ou justo procedimento administrativo; e (iii) busca incessante de uma “justa e prévia indenização”. Cada qual, como visto, detém seus efeitos e imperativos a serem seguidos, ordenados, sobretudo, para a criação de um diálogo saudável entre os interessados, de modo a facilitar o alcance de um consenso administrativo quanto ao valor do bem a ser expropriado. Em suma, defendemos que o novo procedimento administrativo da expropriação deveria primar por uma busca incessante da justa indenização - substitutiva do valor de mercado do bem e de eventuais valores acessórios -, logrando fosse realizado o depósito da oferta antes mesmo da transcrição imobiliária no registro competente, sem que fosse necessário dar início a um processo judicial expropriatório.

Com esta síntese do que foi até então alinhado no estudo, é que encerramos o trabalho esperançosos de que o mesmo sirva, em conjunto com as demais pesquisas sobre o tema, como uma força motriz para promoção de mudanças radicais e urgentes sobre o procedimento e o processo da desapropriação como hoje realizada no Brasil. Nosso intuito primário foi o de traçar um plano básico de contingenciamento da desapropriação dentro de uma fase administrativa predeterminada, a escapar das já conhecidas mazelas advindas da “fruição” da via jurisdicional, seja do ponto de vista da Administração Pública ou do administrado. Para isso, é necessário seja feito um esforço

por parte do administrador público, no cenário nacional, para revitalizar o seu modo de atuação no âmbito de discussões públicas com os particulares. As premissas são o diálogo e não a imposição; a boa-fé de ambos os lados e não a prática de atos espúrios; e, finalmente, a letra constitucional e não a arbitrariedade.

É dizer: se o Estado e seus mecanismos de intervenção na vida pública são pensados para o povo e seus cidadãos individualmente considerados, por menor venha ser uma injustificada violação a um direito fundamental (no caso em comento, a propriedade), sangrar-se-á a ordem constitucional de igual maneira, obrigando-se sejam implementadas as medidas adequadas para contornar os danos produzidos. Assim, espera-se que este estudo seja capaz de jogar um pequeno feixe de luz sobre a sangria praticada pela desapropriação em solo brasileiro, bem como de alimentar esperanças para concretização de um novo modelo expropriatório potencialmente mais justo e célere.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Direitos fundamentais vs. Interesse público: análise crítica a partir dos enunciados performáticos de John Austin*. In: Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. Clèmerson Merlin Clève, Alexandre Freire coord. 1ª ed. São Paulo. Editora RT. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. Madrid. 1993.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *A lei geral de desapropriação em face da Constituição de 1988*. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca et al. (Coord.). *Estado e propriedade: estudos em homenagem à professora Maria Coeli Simões Pires*. Belo Horizonte. Fórum. 2015.

AUBY, J.-M.; DUCOS-ADER, R.; GONTHIER. *L'expropriation pour cause d'utilité publique*. Paris. Éditions Sirey. 1968.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2003.

_____. *Transformações do direito administrativo: 15 anos depois – reflexões críticas e desafios para os próximos quinze anos*. Direito Público/ organização: Rodrigo Brandão, Patrícia Baptista. Coord.: Carlos Eduardo Guerra de Moraes, Ricardo Lodi Ribeiro. Rio de Janeiro. 2015. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2003.

_____. *Consensualidade e justo preço nas desapropriações: novos parâmetros à luz do Direito Administrativo contemporâneo*. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo [Coord.]. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte. Fórum. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

_____. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. In: *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. [org.] Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro. 2007.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

CALMON, Pedro. *História da Civilização Brasileira*. Brasília. Senado Federal. 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina. 1973.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. 7. ed. 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. Vol. I. Coimbra Editora. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009.

CASSESE, Sabino. *As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI*. In: *Interesse Publico*. Porto Alegre. Ano 5. n. 24. 2004.

CORREIA, Fernando Alves. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra. Universidade de Coimbra. 1982.

_____. *Manual de Direito do Urbanismo*. Vol. II. Coimbra. 2014.

_____. *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999*. Coimbra. 2000.

_____. *A propósito de um Projeto de Revisão do Código das Expropriações de 1999*. In: Conferências - Direito Administrativo, Universidade de Coimbra. Coimbra. 2016.

COSTA, Pedro Elias da. *Guia das Expropriações por Utilidade Pública*. Lisboa. 2003.

CUSTODIO, Vinícius Monte. *Expropriações por Utilidade Pública: um novo olhar sobre o direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Coimbra, 2013.

DINIZ, Eli. *Engenharia institucional e políticas públicas: dos conselhos técnicos às câmaras setoriais*. In: *Repensando o Estado Novo*. Org.: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo. Atlas. 2007.

FAVOREU, Louis; GAIA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*. Paris. Dalloz. 15. ed. 2013.

FELDMAN, Jean-Philippe. *Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant*. Paris. Revue française de droit constitutionnel. 2008/4 (nº 76).

FERRARI, Giulia; GAROFOLI, Roberto. *Manuale di Diritto Amministrativo*. V Edizione. Roma. Nel Diritto Editore. 2012.

FERREIRA, Siddharta Legale. *Estado Social e Democrático de Direito – História, direitos fundamentais e separação dos poderes*.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7.ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2004.

FIUZA, César; MARTINS, Thiago Penido. *Revisitando o instituto da desapropriação: análise crítica sobre os procedimentos administrativos e judicial de desapropriação*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8e3308c853e47411>.

FLAMME, Maurice-André. *Droit Administratif. Tomo 01. Bruxelas*. 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 2. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfeld. Trad.: José Alberto Froes. São Paulo. Edit. Revista dos Tribunais. 2014.

GIBSON, Sérgio Armanelli. *A Ciência jurídica no pós-positivismo: as necessárias repaginações conceituais de segurança jurídica, de regime jurídico-administrativo e do princípio da legalidade administrativa*. Fórum Administrativo. Direito Público. FA, Belo Horizonte. Ano 08. nº 93. Novembro. 2008.

GIL, Ana Rita. Regime Jurídico das Expropriações por Utilidade Pública. In: *Direito do Urbanismo e do Ambiente: Estudos Compilados*. Coord. CEBOLA, Cátia Marques; MENDES, Jorge Barros; FERRÃO, Marisa Caetano; ALMEIDA, Susana. Lisboa. 2010.

GOMES, Wilton Luis da Silva. *Inovações no regime jurídico das desapropriações*. São Paulo. Dissertação de Mestrado - USP. 2009.

HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. *The Popular Sources of Political Authority: Documents on the Massachusetts Constitution of 1780*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press. 1966.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11ª ed. São Paulo. Atlas. 2015.

JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e a sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*. Porto Alegre. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2012.

KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: O que é o esclarecimento (Aufklärung)?* Königsberg. Prússia. 1784. Traduzido por Luiz Paulo Rouanet.

LAPUERTA MONTOYA, Dora de. *El Fundamento de la potestad expropiatoria en Roma*. In: *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito Maria Reimundo Yanes*. Coord.: MURILLO VILLAR, Alfonso. Burgos. 2000.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Tomo II. 9. ed. Paris. 1992.

LIMA, Micaela Carina Pereira. *Por um novo procedimento e processo de expropriação – uma simplificação urgente no Código das Expropriações*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Coimbra. 2012.

LOPES, Dulce. *O Código das Expropriações: enquadramento geral e inovações. O procedimento expropriativo*. In: *Seminário – avaliação do Código das Expropriações*. Coimbra. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed. São Paulo. Malheiros. 2006.

_____. *Poder de Polícia e Segurança Nacional*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. Volume 445. 1972.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2013.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif des biens*. 6. ed. Paris. Montchrestien, Lextenso éditions. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2001.

MORETIN LLAMAS, Maria Lourdes Martínez de. *Algunas consideraciones sobre obras públicas Romanas: El Aquaeductus y su integración en la naturaleza y el paisaje urbano*. In: *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*. Dir.: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Madrid. 2013

NOHARA, Irene Patrícia. *Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo*. Interesse Público – IP. Belo Horizonte. Ano 15. Nº 78. mar./abr.

OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Vol. I. 1ª ed. Coimbra. Almedina. 2016.

PEISER, Gustave. *Droit Administratif des biens*. 20. ed. Dalloz. Paris. 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. 30ª ed, vol. II. Ed. Saraiva. São Paulo. 2002.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosália. *Urbanismo y Derecho em el Imperio de Justiniano (527-565 d.C.)*. Madrid. 2012.

SANTOS JUSTO. A. *Direito privado romano - III*. Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. 1997.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: DANIEL SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro. Lúmen Juris. 2007.

_____. *Supremacia do Interesse Público? As colisões entre direito fundamentais e interesses da coletividade*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de;

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo [Coord.] *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte. Fórum. 2012.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. São Paulo. Malheiros. 2012.

SODRÉ, Eurico. *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública*. 2. ed. São Paulo. Saraiva e Cia. Livraria Acadêmica. 1945.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *O sentido dos princípios constitucionais ou de como princípios não são valores*. In: *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. Clèmerson Merlin Clève, Alexandre Freire coord. 1ª ed. São Paulo. Editora RT. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*. A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte. Ano 6. n. 23, jan./mar. 2006.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 191.078/SP - São Paulo, Relator Ministro Menezes Direito, Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 20/06/2008. Brasília.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Proc. n. 563/85, Diário Oficial do Estado: 30/08/1985. São Paulo.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 19.647/SP - São Paulo, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 01/08/1994. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 184.069/SP - São Paulo, Relator Ministro Néri da Silveira, Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 08/02/2002. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 130.586/PR - Paraná, Relator Ministro Moreira Alves, Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 03/12/1991. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 90.656/SP - São Paulo, Relator Ministro Soarez Muñoz. RTJ 99/715. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 870.947/SE - Sergipe, Relator Ministro Luís Fux, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 20/09/2017. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Agravo Interno 597.598/SP - São Paulo, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 27/10/2017. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 579.431/RS - Rio Grande do Sul, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 19/04/2017. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 775.148/SP - São Paulo, Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 10/02/2015. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 922.144/MG - Minas Gerais, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Apreciação: 29/10/2015. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 552.057/MG - Minas Gerais, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 05/05/2009. Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.395.221/SP - São Paulo, Relatora Ministra Eliana Calmos, Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 17/09/2013. Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.317.372/TO - Tocantins, Relator Ministro Og Fernandes, Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 26/02/2018. Brasília.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional, Processo n. 383/92, Plenário, Relator Conselheiro António Vitorino, Acórdão n. 285/92. Lisboa.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra, Apelação n. 483/07.8TBVGS.C2, Relator Teles Pereira. Coimbra.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 36.854, Primeira Secção, 04/10/2001. Lisboa.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 46.819, Primeira Secção, 12/12/2002. Lisboa.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional, Acórdão de n. 746/96, DR, II Série: 04/09/1996. Lisboa.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

. Constituição do Brasil de 1824; Constituição do Brasil de 1937; Constituição do Brasil de 1946; Constituição do Brasil de 1988; Constituição de Portugal de 1976; Constituição da Itália de 1947; Constituição da França de 1958; Constituição da Espanha de 1978; Constituição de Weimar de 1919; e, Constituição do México de 1917.

. Código das Expropriações de 1.999 de Portugal; Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique da França; e, Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa da Espanha (LEF).

- . Código de Processo Civil do Brasil de 2015.
- . Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.
- . Decreto n. 1.644 de 27 de outubro de 1855; Decreto-lei n. 3.365 de 1941; Decreto-lei n. 1.075 de 1970; e, Decreto n. 22.785 de 1933.
- . Lei de 09 de setembro de 1836; Lei n. 353 de 12 de julho de 1845; Lei n. 4.132 de 1962; Lei n. 8.269 de 1993; e, Lei n. 9.784 de 1999.

LINKS CONSULTADOS

. <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2008-4-page-675.html>.
Acesso realizado em: 02 de dezembro de 2017.

. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16042010-093843/pt-br.php>.

Acesso realizado em: 02 de dezembro de 2017.

. <https://www.pucpr.br/wp-content/uploads/2017/10/autonomia-immanuel-kant-o-que-e-o-esclarecimento.pdf>.

Acesso realizado em: 20 de dezembro de 2017.

. http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf.

Acesso realizado em 26 de dezembro de 2017.

. <http://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>.

Acesso realizado em 26 de dezembro de 2017.

. http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rightss6.html.

Acesso realizado em 28 de dezembro de 2017.

. http://www.rio.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=05d948dc-68b4-4a93829b-c208b1da32f2&groupId=91245.

Acesso realizado em: 25 de maio de 2018.

. <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t4>.

Acesso realizado em 27 de março de 2018.

. <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

Acesso realizado em 27 de março de 2018.

. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920285.html>.

Acesso realizado em: 10 de abril de 2018.

. <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-20-AUTORA-PATR%C3%80CIA-FERREIRABAPTISTA.pdf>.

Acesso realizado em: 19 de abril de 2018.

. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8e3308c853e47411>.

Acesso realizado em: 19 de abril de 2018.

. <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/711ead8049800b2bada1ff336b93d75f/OS5%2Bclean%2Bportuguese.pdf?MOD=AJPERES>.

Acesso realizado em: 04 de maio de 2018.

. https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/436/201701182146/exportpdf/normal/1/cacheLevelPage?LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice.

Acesso realizado em: 07 de maio de 2018.

. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074224&dateTexte=20080505>.

Acesso realizado em: 07 de maio de 2018.

. http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_1986_001.p

df.

Acesso realizado em: 08 de maio de 2018.