

ODETE MEDAUAR

DIREITO
ADMINISTRATIVO
MODERNO

19.^a edição revista e atualizada

19.^a edição revista e atualizada

ODETE MEDAUAR

1.^a edição: 1996 – 2.^a edição: 1998 – 3.^a edição: 1999 – 4.^a edição: 2000 – 5.^a edição: 2001 – 6.^a edição: 2002
– 7.^a edição: 2003 – 8.^a edição: 2004 – 9.^a edição: 2005 – 10.^a edição: 2006 – 11.^a edição: 2007 – 12.^a edição:
2008 – 13.^a edição: 2009 – 14.^a edição: 1.^a tiragem: janeiro de 2010; 2.^a tiragem: julho de 2010 – 15.^a edição:
2011; – 16.^a edição: 2012; – 17.^a edição: 2013; – 18.^a edição: 2014.



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS

Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

Visite nosso *site*

www.rt.com.br

Impresso no Brasil [02-2015]

Universitário [texto]

Fechamento desta edição [21.01.2015]



EDITORA AFILIADA

ISBN 978-85-203-5961-7

16.4 Tombamento

O *tombamento* apresenta-se como um dos instrumentos de preservação do patrimônio cultural. Segundo a Constituição Federal, art. 216, § 1.º, o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, *tombamento* e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Tendo em vista que o citado dispositivo fixou, na matéria, a *competência comum das entidades públicas*, o tombamento pode advir do âmbito federal, estadual ou municipal (nos dois últimos casos, para bens situados nos respectivos territórios). Para facilidade de exposição, será considerado apenas o tombamento editado em âmbito federal. Os preceitos aí seguidos aplicam-se aos demais âmbitos, no que for compatível.

O termo *tombar*, nessa matéria, significa lançar nos livros de *tombo*. Em tais livros, que permanecem no órgão responsável pelo tombamento, se registram, por exemplo, o nome, situação, limites dos bens preservados.

O *tombamento* designa o ato administrativo pelo qual se declara o valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, cultural, arquitetônico de bens, que, por isso, devem ser preservados, conforme as características indicadas no livro próprio. O principal efeito do tombamento sobre o bem é sua imodificabilidade, podendo haver, ainda, restrições quanto à destinação e alienabilidade.

Na esfera federal o órgão competente para efetuar o tombamento é o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, uma autarquia federal.

O texto legal básico em matéria de tombamento é o Dec.-lei 25, de 30.11.1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabelece o processo de tombamento, as suas consequências e as sanções administrativas para as infrações indicadas.

O tombamento pode recair sobre bens móveis e imóveis, privados ou públicos. O Dec.-lei 25/37 prevê três tipos de tombamento:

a) *tombamento de ofício* – incide sobre bens públicos; efetua-se por determinação do Presidente do IPHAN (ou do respectivo órgão competente, na esfera estadual e municipal); a entidade a que o bem pertencer deve ser notificada (art. 5.º);

b) *tombamento voluntário* – recai sobre bem privado e realiza-se mediante simples concordância de seu proprietário, a seu pedido ou em atendimento a notificação (art. 7.º);

c) *tombamento compulsório* – ocorre quando o proprietário se recusa a anuir à inscrição do bem; nesse caso, instaura-se um processo, com as seguin-

tes fases: c1) o órgão competente notifica o proprietário para este anuir ao tombamento ou impugnar por escrito, dentro de quinze dias; c2) não havendo impugnação no prazo, a autoridade competente determina a inscrição do bem no livro de tomo; c3) havendo impugnação, o órgão ou interessado, de onde emanou a proposta de tombamento, deverá manifestar-se; c4) em seguida, os autos são remetidos ao Conselho do órgão competente para decisão; c5) no âmbito federal, a decisão no sentido do tombamento, que se traduz na inscrição, tem sua eficácia dependente de homologação do Ministro da Cultura (Lei 6.292/75); do ato de tombamento, cabe recurso ao Presidente da República, se emitido pelo IPHAN; o tombamento compulsório reveste-se de caráter provisório, se for iniciado pela notificação; tem caráter definitivo mediante inscrição no livro de tomo, devidamente homologada.

Dentre os efeitos do tombamento salientam-se os seguintes:

- a) se imóvel, transcrição e averbação no registro respectivo;
- b) *imodificabilidade do bem tombado* – o bem não poderá ser mutilado, demolido, reformado. A pintura, reparação ou restauração dependem de autorização do órgão competente. Esse vínculo atinge os bens privados e os bens públicos;
- c) *limites à alienabilidade* – se o bem tombado pertencer ao domínio público, torna-se inalienável para particulares, podendo, no entanto, ser transferido de uma entidade pública para outra. Os bens privados permanecem alienáveis, mas com limites: tratando-se de alienação onerosa, a União, os Estados ou Municípios têm direito de preferência; o adquirente fica obrigado a inscrever a transferência no registro imobiliário, no prazo de trinta dias;
- d) *fiscalização do poder público* – o órgão responsável pelo tombamento poderá manter vigilância constante, tendo o direito de acesso ou ingresso no bem;
- e) o bem tombado é insuscetível de desapropriação, salvo para manter o próprio tombamento. Hely Lopes Meirelles bem nota que nem mesmo entidades estatais maiores podem expropriar bens tombados pelas menores, enquanto não for cancelado o tombamento pelo órgão competente (*Direito administrativo brasileiro*, 1994, p. 490);
- f) *restrições a imóveis vizinhos* – por exemplo: não poderá ser erguida construção que impeça ou reduza a visibilidade do bem tombado, nem é permitida a aposição de anúncios ou cartazes.

O tombamento sujeita-se a revogação, por inconveniência e inoportunidade, ou anulação, por ilegalidade. A autoridade competente, em vez de homologá-lo, poderá determinar a revisão, alteração ou desfazimento. Nos termos do Dec.-lei 3.866/41, artigo único, mesmo depois de homologado, o tombamento efetuado pelo IPHAN poderá ser cancelado pelo Presidente da República, de ofício ou em grau de recurso, por motivo de interesse público. Em qualquer caso, o desfazimento deve ser motivado.

No tocante à *indenização*, se o tombamento tiver alcance geral, como em Ouro Preto, Olinda, descabe ressarcimento. No caso de imóvel tombado isoladamente, em princípio é cabível indenização, salvo proibição, desde que demonstrado prejuízo direto e material.

O Dec.-lei 25/37 prevê sanções administrativas por infrações ao tombamento, dentre as quais: a) multas em caso de tentativa ou reincidência de exportação de bem móvel tombado, em percentuais incidentes sobre o valor do bem; b) multa por colocação de anúncios ou cartazes que afetem a visibilidade do bem; c) multa no caso de demolição, destruição, mutilação e de restauração ou pintura sem prévia autorização do poder público; d) multa se o proprietário deixar de comunicar a necessidade de obras de conservação e sua dificuldade para efetua-las; e) demolição do que for edificado sem autorização (arts. 15 a 19).

O Ministério Público e as associações pertinentes, legalmente constituídas há um ano, poderão obter na via jurisdicional, mediante liminar ou cautelar em ação civil pública, embargo de obra e interdição de atividades em bem tombado.

O ordenamento prevê também sanções penais, no art. 165 do CP: “Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

A chamada Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605, de 12.02.1998 – também indica, nos arts. 62 a 65, sanções penais referentes a bens tombados.

16.5 Ocupação temporária

Mediante a *ocupação temporária* o poder público, por seus próprios agentes ou por empreiteiros, utiliza provisoriamente terrenos não edificadas, vizinhos a obras públicas; essa utilização provisória é necessária à realização da obra. A base legal dessa figura encontra-se no art. 36 do Dec.-lei 3.365/41 (lei de desapropriações), que prevê, também, indenização a final, mediante ação própria. O mesmo dispositivo determina que o poder público preste caução, se exigida pelo proprietário. A ocupação temporária deve ser precedida de declaração de utilidade pública, conforme orientação jurisprudencial.

Outro tipo de *ocupação temporária* decorre do regime dos contratos administrativos disciplinado na Lei 8.666/93. Os arts. 58, V, e 80, II, possibilitam, ao poder público contratante, no caso de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis, vinculados ao objeto do contrato, para acautelar apuração de faltas contratuais do contratado e para assegurar continuidade, no caso de rescisão do contrato. No caso das concessões e permissões de serviço público, a Lei 8.987/95, art. 35, § 3.º, prevê a ocupação das instalações e a ocupação, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis quando este, extinta a concessão, assume o serviço.

16.6 Requisição

A Constituição Federal, no art. 5.º, XXV, permite que, em caso de *iminente perigo público*, a autoridade competente use de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano. O art. 1.228, § 3.º, parte final, do Código Civil também prevê a requisição.

Característica nuclear da *requisição*, ausente na ocupação temporária, encontra-se no *iminente perigo público* que a justifica, ou seja, uma situação de risco imediato à integridade e segurança de pessoas e de bens, uma situação de urgência. Exemplos: casos de incêndio, inundação, epidemia, sonegação de gêneros de primeira necessidade. A requisição militar visa a preservar a segurança interna da Nação e a soberania.

A *requisição civil* e a *requisição militar* podem recair sobre bens móveis, imóveis ou serviços. Conforme o tipo de bem requisitado, a requisição poderá implicar perda irreversível (por exemplo: gêneros alimentícios, materiais de primeiros socorros). Havendo dano ao proprietário, este receberá ressarcimento posterior. Inexistindo dano comprovado, descabe indenização.

A Constituição Federal, art. 22, III, atribui à União competência privativa para legislar sobre requisições civis e militares, em caso de perigo iminente e em tempo de guerra.

16.7 Servidão administrativa

Na *servidão*, certos atributos do direito de propriedade (usar, fruir), em vez de se concentrarem no proprietário, exclusivamente, são partilhados com terceiros.

A concepção de *servidão* vem do direito civil; nesse ramo, apresenta-se como direito, em favor de um prédio (chamado dominante), sobre outro prédio (o serviente), pertencentes a donos diversos. A servidão visa a aumentar a utilidade do prédio dominante e implica limitações ao prédio serviente. Está prevista no art. 1.378 do Código Civil.

Não é essencial, porém, para configurar uma servidão, a contiguidade de prédios. Além da servidão de direito privado, existe a servidão de direito público, também denominada *servidão administrativa*, independentemente de contiguidade de prédios. Significa um ônus real de uso, instituído pela Administração sobre imóvel privado, para atendimento do interesse público, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados. Por exemplo: proibição de construir em terrenos marginais a rodovias, ferrovias, córregos canalizados (*servidão non aedificandi*); passagem para chegar a poços ou reservatórios de água; passagem de fios de energia elétrica; passagem de aqueduto. A instituição de servidão administrativa poderá importar em obrigações de fazer, por exemplo: o proprietário do imóvel serviente é obrigado a aparar mato ou cortar árvores no caso de servidão de passagem instituída sobre seu imóvel.

A servidão não opera transferência do domínio, nem da posse, nem do uso total do bem a terceiros ou ao poder público. Apenas parcela do bem tem seu uso compartilhado ou limitado em vista do atendimento do interesse público. Por isso, se a limitação acarretar realmente prejuízo, quanto ao uso, caberá indenização, referida só a este aspecto.

A base legal para a *servidão administrativa* está no art. 40 do Dec.-lei 3.365/41 (lei geral de desapropriação), que possibilita, aos mesmos entes que podem expropriar, a constituição desse ônus. Como na desapropriação, edita-se declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social de parte do imóvel para fins de servidão administrativa, o que não parece pertinente em servidões simples, não gravosas, genéricas, por exemplo, para afixação de placas com nome de ruas. Nos termos da Lei 8.987/95 (concessão de serviço público), art. 29, VIII, entre os encargos do concedente figura a declaração de necessidade ou utilidade pública, para fins de servidão, dos bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta o ônus indenizatório; por outro lado, dentre os encargos da concessionária inclui-se instituir servidões autorizadas pelo concedente, conforme previsto no edital e no contrato (art. 31, VI).

Após editado o ato declaratório da servidão, esta poderá concretizar-se por acordo ou mediante sentença do Judiciário em ação movida pelo poder público ou seu delegado. Caso a servidão seja instituída de fato, o proprietário poderá pleitear ressarcimento na via administrativa; não obtendo êxito ou não pretendendo usar esta via, moverá ação de reparação de dano.

Algumas servidões advêm diretamente da lei: servidão para transporte e distribuição de energia elétrica, servidão nas margens dos rios (Código de Águas).

A Lei 6.015, de 31.12.1973 – Registros Públicos –, determina o registro das servidões em geral (art. 167, I, 6).

16.8 Desapropriação

16.8.1 Noção

Desapropriação é a figura jurídica pela qual o poder público, necessitando de um bem para fins de interesse público, retira-o do patrimônio do proprietário, mediante prévia e justa indenização. A desapropriação atinge o caráter perpétuo do direito de propriedade, pois extingue o vínculo entre proprietário e bem, substituindo-o por uma indenização.

Sob o ângulo do direito privado, a desapropriação representa um modo de perda da propriedade. Sob o enfoque do direito público, configura um meio de aquisição de bem público ou um instrumento de realização de atividades

de interesse público, inclusive no tocante à mais justa distribuição da propriedade.

As características essenciais da desapropriação são as seguintes: a) é uma figura jurídica que expressa a face autoridade da Administração, acarretando limitação ao caráter perpétuo do direito de propriedade; b) tem como resultado a retirada de um bem do patrimônio do seu proprietário; c) tem por fim o atendimento do interesse público, visando a um resultado benéfico a toda a coletividade; d) em troca do vínculo de domínio, o proprietário recebe uma indenização.

Como todas as atividades administrativas, a desapropriação também se norteia pelos princípios constitucionais da Administração e demais princípios do direito administrativo. Quanto aos primeiros, atende ao princípio da legalidade, pautando-se pelas normas vigentes no ordenamento: o poder de retirar um bem do patrimônio do seu proprietário deve enquadrar-se nos parâmetros e procedimentos fixados na legislação, para exercer-se de modo válido e observar as garantias conferidas ao proprietário. Os princípios da moralidade e impessoalidade aí incidem para impedir que a desapropriação seja meio de beneficiar ou prejudicar este ou aquele, seja instrumento de vingança, de represália política, de especulação imobiliária. O desvirtuamento dos fins pode ensejar ajuizamento de ação judicial (por exemplo: mandado de segurança, ação popular) visando ao desfazimento da expropriação por desvio de poder e responsabilização da autoridade envolvida.

16.8.2 Legislação

A Constituição Federal, no art. 5.º, XXII, garante o direito de propriedade. O inc. XXIV do mesmo artigo fornece a base para a desapropriação, nos seguintes termos: “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”.

Além desse dispositivo, referente às desapropriações em geral, a Constituição Federal contém outros preceitos da matéria. O art. 22, II, atribui competência privativa à União para legislar sobre desapropriação.

Por sua vez, o art. 182, § 3.º, determina que as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. O § 4.º, III, do art. 182 menciona a chamada desapropriação-sanção, como terceiro tipo sucessivo de consequência pelo não enquadramento do solo urbano em diretrizes fixadas em lei específica, para área incluída no plano diretor, nos termos da lei federal.

O art. 184 prevê a competência da União para desapropriar, por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo

sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização seja definida em lei. Os parágrafos desse artigo e os arts. 185 e 186 fixam outros preceitos da matéria, remetendo-se a lei complementar a fixação de procedimento contraditório especial; de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação (§ 3.º do art. 184).

A Constituição Federal, no art. 243, menciona a expropriação, sem indenização e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Embora utilize o termo “expropriadas”, trata-se de confisco, visto não haver indenização. A Lei 8.257, de 26.11.1991, disciplina o respectivo processo.

Os principais textos infraconstitucionais relativos à desapropriação são os seguintes:

a) Dec.-lei 3.365, de 21.06.1941, com alterações posteriores, contém normas materiais e processuais sobre a desapropriação em geral; arrola os casos de utilidade pública que permitem à autoridade usar o poder expropriatório. Já houve tentativa de se editar nova lei geral de desapropriação, no início da década de 80; na verdade, nova lei deveria ser editada, visando, sobretudo, a inserir seus preceitos no contexto atual do direito administrativo e do Estado brasileiro, a assimilar a rica elaboração judicial e a responsabilizar autoridades por desapropriações levianas, desvirtuadas e desprovidas de respaldo financeiro; em nova disciplina legal da desapropriação deve-se adotar o esquema processual, em âmbito administrativo, com audiência ou consulta pública, à semelhança do que existe na França, na Bélgica e na Espanha, com obrigatoriedade de uma fase administrativa de acordo;

b) Lei 4.132, de 10.09.1962 – especifica os casos de *desapropriação por interesse social*, determinando, no que for omissa, a aplicação do Dec.-lei 3.365/41, inclusive quanto ao processo judicial e à indenização;

c) Dec.-lei 1.075, de 22.01.1970 – regula a imissão provisória na posse em *imóveis residenciais urbanos*;

d) Lei 8.629, de 25.02.1993, com alterações posteriores – regulamenta dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária;

e) Lei Complementar 76, de 06.07.1993, com alterações posteriores – dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de *imóvel rural*, por *interesse social*, para fins de *reforma agrária*;

f) Lei 10.257, de 10.07.2001, (Estatuto da Cidade), art. 8.º – disciplina a *desapropriação-sanção*, prevista no art. 182, § 4.º, III, como terceiro tipo sucessivo de consequência pelo não adequado aproveitamento do solo urbano, nos moldes fixados em lei específica municipal para área incluída no plano dire-

tor; o pagamento da indenização se efetua em títulos da dívida pública, com prévia aprovação do Senado Federal, sendo resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas; são assegurados o valor real da indenização e juros legais de seis por cento ao ano; o Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

Serão expostas, a seguir, as linhas fundamentais da desapropriação em geral, com base no Dec.-lei 3.365/41 e na Lei 4.132/62, visto tratarem dos casos mais frequentes na Administração.

16.8.3 *Fundamento*

A Constituição Federal, no art. 5.º, XXIV, permite a desapropriação por *necessidade* ou *utilidade pública* ou *por interesse social*. O mesmo vem mencionado no art. 1.228, § 3.º, primeira parte, do Código Civil. Até o advento da Constituição Federal de 1946, o ordenamento pátrio somente previa a desapropriação por necessidade ou utilidade pública. A inclusão do “interesse social”, no § 16 do art. 141 da CF de 1946, decorreu de emenda proposta pelo Senador Ferreira de Souza, rejeitada na Comissão de Constituição, mas acolhida no Plenário.

Desde 1946 o ordenamento pátrio adota essa tríplice justificação. Tais noções apresentam-se vinculadas ao instituto expropriatório: toda a atuação administrativa e todos os poderes e instrumentos dessa atuação justificam-se, em geral, pelo atendimento do interesse público, mas na desapropriação o interesse público se especifica na utilidade pública, necessidade pública ou interesse social.

Tornou-se clássica no direito brasileiro a distinção formulada por Seabra Fagundes: “A necessidade pública aparece quando a Administração se encontra diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido nem procrastinado e para cuja solução é indispensável incorporar no domínio do Estado o bem particular. A utilidade pública aparece quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui imperativo irremovível. Haverá motivo de interesse social quando a expropriação se destine a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes mais pobres, aos trabalhadores, à massa do povo em geral pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais” (Da desapropriação no direito constitucional brasileiro, RDA 14, p. 3-4, 1948).

O Dec.-lei 3.365/41 arrola somente casos de *utilidade pública*, por exemplo: abertura de ruas, casas de saúde, execução de planos urbanísticos, construção de distritos industriais, parcelamento do solo com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética. Omite a indicação explícita de casos de necessidade pública, embora esta venha figurando

nos textos constitucionais desde 1891. Diante disso, a doutrina especializada vem afirmando que os quatro primeiros casos contemplados no art. 5.º do Dec.-lei 3.365/41 (segurança nacional, defesa do Estado, socorro público em caso de calamidade, salubridade pública) são de necessidade pública.

A Lei 4.132/62, art. 2.º, lista os casos genéricos de desapropriação por *interesse social*, dentre os quais a construção de casas populares, a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

O legislador brasileiro fixou, assim, o conteúdo da necessidade ou utilidade pública e do interesse social, pela enumeração dos respectivos casos. Há divergência doutrinária quanto ao caráter exemplificativo ou taxativo dos casos arrolados nas leis. Parece melhor conferir-lhes caráter taxativo, pois a desapropriação representa uma ressalva ao direito de propriedade assegurado pela Constituição Federal, adotando o legislador o sistema de enumeração das hipóteses ensejadoras do exercício do poder expropriatório.

16.8.4 Requisitos constitucionais da indenização

A Constituição Federal, ao possibilitar a desapropriação, exige indenização justa e prévia em dinheiro, salvo disciplina diversa prevista na própria Constituição Federal, como ocorre na desapropriação para fins de reforma agrária.

O requisito *justa* diz respeito, em primeiro lugar, ao valor do bem expropriado, que deve corresponder ao valor real do bem. Vários aspectos são considerados pelos peritos avaliadores para se fixar tal valor – isso quer dizer que o bem não há de ser nem subavaliado, nem superavaliado, pois nesses dois casos o requisito constitucional estaria desatendido.

Em segundo lugar, a indenização justa supõe o ressarcimento de todos os prejuízos financeiros arcados pelo expropriado em virtude da expropriação. De regra, integram a indenização, *além do valor do bem*, parcelas referentes ao seguinte, sem prejuízo de outras que podem ser decididas em cada caso:

a) *Honorários advocatícios*, em percentual fixado pelo juiz sobre a diferença entre o valor oferecido na inicial e o valor da indenização, corrigidas ambas monetariamente (Súmula 617 do STF). Incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, corrigidas monetariamente (Súmula 131 do STJ). A Medida Provisória 2.183-56, de 24.08.2001, alterou a redação do § 1.º do art. 27 do Dec.-lei 3.365/41, fixando o referido percentual entre meio e cinco por cento do valor da diferença. E estabeleceu o limite de R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais), suspenso, pelo STF, em liminar concedida na ADIn 2.332-2 (DJU 02.04.2004);

b) *Honorários do perito e dos assistentes técnicos*, arbitrados pelo juiz em importância fixa;

c) *Juros compensatórios*, em decorrência de perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário, de 12% ao ano, calculados sobre a diferença entre o valor oferecido na inicial e o valor da indenização. Neste sentido se apresenta a Súmula 618 do STF: “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% ao ano”. Conforme a Medida Provisória 1.577, de 11.06.1997 (reiterada várias vezes), no caso de imissão na posse, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, incidiriam juros compensatórios de até 6% (seis por cento) ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos; tal preceito também se aplicaria às ações ordinárias de indenização por desapropriação indireta e às ações que visassem à indenização por restrições decorrentes do Poder Público, inclusive no tocante à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença; o Poder Público não seria onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação (art. 15-A e parágrafos do Dec.-lei 3.365/41). No entanto, o STF, no julgamento de liminar na ADIn 2.332-2 (DJU 02.04.2004), suspendeu os juros compensatórios de até 6% ao ano. Teve, ainda, eficácia suspensa, na mesma liminar, o § 4.º do art. 15-A, relativo aos juros compensatórios anteriores à aquisição ou posse titulada pelo autor da ação; também tiveram eficácia suspensa os §§ 1.º e 2.º do art. 15-A. Assim, prevalece a referida Súmula do STF. O STJ na Súmula 408, publicada em 24.11.2009, fixou o entendimento a seguir: “Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória 1577, de 11.06.1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13.09.2001 e, a partir de então em 12% ao ano, na forma da Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal”.

d) *Juros moratórios*, destinados a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito. Tais juros corriam a partir da sentença transitada em julgado e até a data do pagamento, no percentual de 6% ao ano; a jurisprudência possibilitava a cumulação de juros moratórios e compensatórios, na diretriz presente na Súmula 12 do STJ. Posteriormente o STF estabeleceu outra linha, segundo a qual os juros compensatórios incidem até a data da expedição do precatório e, por sua vez, os juros moratórios correm a partir da ausência de efetivo pagamento do precatório no prazo constitucional (cf. Súmula Vinculante 17 do STF), observando-se que o § 1.º do art. 100, mencionado na referida Súmula Vinculante, atualmente é o § 5.º do art. 100.

Com a edição da EC 62/2009, que alterou a redação do art. 100 da CF, o § 12 deste artigo deu novo tratamento para o aspecto dos juros moratórios a serem pagos pelo poder público; tendo em vista que o STF, nas ADIns 4357/DF e 4425/DF declarou inconstitucionais as expressões “independentemente de sua natureza” e “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” aí contidas (esta última relativa à atualização monetária), para os

juros moratórios permaneceu, no referido § 12, a seguinte frase: “ Para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança”.

e) *Correção monetária*, se for o caso, desde a avaliação, para que não seja depreciado o valor da indenização. A Súmula 67 do STJ norteia a matéria: “Na desapropriação, cabe a atualização monetária, ainda que por mais de uma vez, independente do decurso de prazo superior a 1 (um) ano entre o cálculo e o efetivo pagamento da indenização”. No mesmo sentido, a Súmula 561 do STF;

f) *Custas e despesas processuais*: nos termos do art. 30 do Dec.-lei 3.365/41, as custas serão pagas pelo autor se o réu aceitar o preço oferecido; em caso contrário, serão pagas pelo vencido (ou seja, a parte que não teve seu preço aceito na sentença), ou em proporção;

g) *Fundo de comércio*, se pertencer ao expropriado; se pertencer a terceiro, este deverá pleitear indenização, ao expropriante, em ação própria, como previsto no art. 26 do Dec.-lei 3.365/41.

Conforme o art. 26 do Dec.-lei 3.365/41, no valor da indenização não se incluem direitos de terceiros contra o expropriado. É o caso do inquilino e do detentor de fundo de comércio, que poderão pleitear ressarcimento, ao expropriante, em ação própria. No entanto, quaisquer ônus incidentes sobre o bem, tais como hipoteca, penhora, usufruto, ficam sub-rogados no preço (art. 31).

O caráter *prévio* da indenização se fixa em relação ao momento que assinala a perda da propriedade: o proprietário deve receber a indenização antes de perder o domínio. Se, em estritos termos jurídicos, a indenização é paga pelo poder público antes do mandado de imissão definitiva na posse, que marca a transferência do domínio, em termos fáticos essa antecedência não se cumpre quando o poder público toma posse prévia do bem e nele realiza obra pública irreversível – nesse caso, existe de fato perda do bem, sem a correspondente indenização.

Nos termos do art. 46 da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101, de 04.05.2000 –, é nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3.º do art. 182 da CF (que exige prévia e justa indenização em dinheiro) ou prévio depósito judicial do valor da indenização.

A indenização há de ser paga em *dinheiro*, ou seja, em moeda corrente, salvo na desapropriação para reforma agrária (CF, art. 184) e na desapropriação-sanção (CF, art. 182, § 4.º, III, e art. 8.º da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade), em títulos da dívida agrária e da dívida pública, respectivamente.

16.8.5 Bens expropriáveis

Conforme dispõe o art. 2.º do Dec.-lei 3.365/41, todos os bens podem ser desapropriados: imóveis (com mais frequência), móveis, semoventes (exem-

plo: desapropriação de gado bovino). É admitida também a desapropriação do espaço aéreo e do subsolo quando sua utilização, pelo poder público ou seus delegados, acarretar prejuízo patrimonial ao proprietário (art. 2.º, § 1.º). Também são suscetíveis de desapropriação o aspecto patrimonial do direito de autor, arquivos e documentos de valor histórico.

Não escapam à desapropriação *bens de concessionárias de serviço público*; no famoso caso da Companhia Paulista de Estrada de Ferro, concessionária de serviço público do Estado de São Paulo, as ações foram desapropriadas em 1961, por esse mesmo Estado (exceto as de seis acionistas). O Dec.-lei 3.365/41, art. 2.º, § 3.º, proíbe a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do governo federal e se subordine a sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto, do Presidente da República.

Suscita-se com frequência a questão dos *bens pertencentes às entidades religiosas*; no direito brasileiro inexistente impedimento à desapropriação de bens pertencentes a cultos religiosos.

Nos Estados federais apresenta-se o problema da *desapropriação de bens públicos*. No Brasil, sabe-se que a União atua tendo em vista interesse público de caráter nacional, enquanto os Estados-membros buscam atender ao interesse público de caráter regional; o Município zela por matérias de interesse estritamente local; portanto, possível se apresenta a desapropriação de bem público do Estado-membro pela União, pois o interesse nacional deve ter primazia sobre interesse público de âmbito regional; a União e os Estados-membros podem expropriar bens públicos do Município, dada a maior amplitude do interesse público de que são guardiães. Esta a linha de solução adotada no Dec.-lei 3.365/41, art. 2.º, § 2.º, exigindo, em qualquer caso, prévia autorização legislativa ao ato expropriatório. Como ensinam Caio Tácito (parecer, RDA 138, p. 293-346, out.-dez. 1979) e Seabra Fagundes (*Da desapropriação no direito brasileiro*, 1942, p. 65), são expropriáveis bens públicos de qualquer natureza, pois a lei não criou restrição alguma ao possibilitar essa desapropriação.

Ainda no tocante aos *bens públicos*, não é admissível que Estado-membro desapropriar bem de outro Estado-membro, nem que Município expropriar bem público de outro Município. Surge controvérsia quanto à desapropriação, pelo Estado, de bens pertencentes a entidades da Administração indireta federal ou concessionárias de serviço público federal e quanto à desapropriação, pelo Município, de bens de entidades da Administração indireta federal ou estadual. No caso de empresas de energia elétrica, a Súmula 157 do STF fixou a exigência de prévia autorização do Presidente da República para sua desapropriação por Estado-membro. Nos demais casos, a jurisprudência não tem admitido a desapropriação, pelo Estado ou Município, de bem de sociedade de economia

mista e empresa pública federal afeto a serviço público ou quando estas explorem serviço público em regime de exclusividade (cf. RE 172.816, RDA 195, p. 197-205, jan.-mar. 1994), havendo tendência a estender-se tal diretriz a bens de todas as entidades da Administração indireta.

Insuscetíveis de expropriação se apresentam os bens públicos da União, os bens tombados e os direitos da personalidade, por exemplo, o aspecto moral do direito de autor, o direito à imagem. Nos termos da Súmula 479, do STF, “as margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.”

16.8.6 Competência

Nesse tema, o direito brasileiro opera com as seguintes expressões: *competência para declarar a desapropriação* ou *competência para desapropriar*, de um lado; de outro, *competência para promover a desapropriação*. As primeiras significam o poder de emitir declaração expropriatória e de concretizar a desapropriação. A segunda indica a competência somente para os atos e medidas que tornam concreta a desapropriação previamente declarada, tal como avaliar o bem, propor acordo com o proprietário, ajuizar a ação, pagar a indenização, receber o bem expropriado.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência para emitir declaração expropriatória e promover (concretizar) a desapropriação (Dec.-lei 3.365/41, art. 2.º). Conforme o art. 6.º, a declaração de utilidade ou necessidade pública e de interesse social se expressa por decreto do respectivo Chefe do Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito).

As entidades da Administração indireta podem promover desapropriação, mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato (art. 3.º) para tanto, previamente deve ser emitido ato declaratório pelo Chefe do Executivo a que se vinculam. Fogem à regra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, de natureza autárquica, dotado de competência também para emitir declaração expropriatória, mediante portaria, conforme a Lei 10.233/2001, com alterações posteriores; e a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, dotada da competência de declarar e promover a desapropriação, no tocante às áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica (art. 10 da Lei 9.074, de 07.07.1995, com redação dada pela Lei 9.648, de 27.05.1998).

O mesmo art. 3.º atribui às concessionárias de serviços públicos competência para promover desapropriações, desde que autorizadas, de modo explícito, por lei ou contrato, sem mencionar às permissionárias. No entanto, a Lei 8.987/95 estende tal competência às permissionárias ao determinar que a estas se apliquem os seus dispositivos (parágrafo único do art. 40): entre estes se encontra o encargo de promover desapropriações autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato (art. 31, VI).

16.8.7 A declaração expropriatória e seus efeitos

A declaração expropriatória, também denominada *ato expropriatório*, é um ato administrativo anunciador da desapropriação de um bem; em geral vem acompanhado de planta indicativa do bem a ser expropriado, quando imóvel. A declaração expropriatória menciona o preceito legal em que se enquadra a desapropriação anunciada e deve ser publicada no jornal oficial.

Sendo ato administrativo, todos os elementos para sua formação e validade não de ser observados (v. Capítulo 8). Além dos aspectos de legalidade, o ato expropriatório contém aspectos de mérito, referentes à conveniência e oportunidade de expropriar o bem para realizar determinada atividade, também objeto de escolha. Tratando-se de obra pública, a autoridade faz opções quanto à localização, extensão, traçado etc. Os aspectos de legalidade são suscetíveis de apreciação jurisdicional em ação que objetive anular o ato expropriatório; os aspectos de mérito fogem a esta apreciação.

A declaração somente anuncia que o bem aí descrito será expropriado. Não opera a transferência da propriedade ou da posse do bem, apenas vai desencadear as demais fases. Sem a declaração nenhum outro ato ou medida poderá ser efetuado pela Administração. Dentre seus efeitos podem ser citados os seguintes:

a) a partir de sua divulgação, tem início o prazo decadencial de cinco anos para a declaração de utilidade pública e de dois anos para a declaração de interesse social; decorridos tais prazos, o expropriante não mais terá respaldo para promover a expropriação do mesmo bem; se ainda pretender retirá-lo de seu proprietário, deverá aguardar um ano para emitir nova declaração;

b) as autoridades administrativas ficam autorizadas a adentrar nos prédios abrangidos na declaração, podendo recorrer à força policial em caso de oposição; havendo abuso ou excesso de poder, cabe indenização por danos, sem prejuízo da ação penal (Dec.-lei 3.365/41, art. 7.º);

c) as benfeitorias necessárias podem ser realizadas e depois incluídas na indenização; as benfeitorias úteis dependem de consentimento do expropriante para inclusão na indenização (art. 26, § 1.º).

16.8.8 Desapropriação por acordo

Emitida a declaração expropriatória, o expropriante tomará as providências para avaliar o bem. O art. 10 do Dec.-lei 3.365/41 aventa a possibilidade de efetivação da *desapropriação mediante acordo*.

O expropriante não é obrigado a propor acordo administrativamente, embora fosse desejável mudança na lei para se incluir a obrigatoriedade dessa fase. Se adotar uma linha no sentido de incentivar acordos administrativos, a Administração há de avaliar o bem conforme a realidade, conforme o valor de mercado e ofertá-lo ao proprietário. Evidente que se torna inviável acordo no

caso de proprietário ausente ou inencontrável, em caso de litígio dominial, de litígio sucessório etc.

Se o proprietário aceitar o preço oferecido, formaliza-se o acordo administrativo.

Se o proprietário recusar o preço ou se for inviável o acordo administrativo, o expropriante ingressa com ação expropriatória. Poderá ocorrer acordo em juízo, se o proprietário, na contestação ou em outra fase, aceitar o preço ofertado na inicial, caso em que o juiz procederá à homologação por sentença (art. 22).

16.8.9 *Ação expropriatória: juízo competente, petição inicial e contestação*

O Dec.-lei 3.365/41 contém normas sobre o processo judicial expropriatório, aqui expostas de modo sucinto.

Nesta ação, figura como autor a pessoa jurídica ou ente que promove a desapropriação (União, Estado, Distrito Federal, Município, entidades da Administração indireta, concessionárias e permissionárias de serviço público). O expropriado é o réu.

Quanto ao *juízo competente*, se movida pela União ou entidade a esta vinculada, será proposta no Distrito Federal ou na capital do Estado onde for domiciliado o réu, perante a justiça federal. Se interposta por Estado, Distrito Federal, Município ou entidades a estes vinculadas, competente é o juízo da situação do bem; neste caso, havendo juízo privativo da Fazenda Pública para o local da situação do bem, aí será interposta a ação expropriatória.

A *petição inicial*, além dos requisitos previstos no CPC, conterà a oferta do preço e será instruída com jornal oficial que houver publicado a declaração expropriatória ou cópia autenticada da mesma, com termo de contrato ou cópia da lei que deu competência para promover desapropriação (no caso de concessionárias e entidades da Administração indireta), com planta ou descrição dos bens e suas confrontações (art. 13 do Dec.-lei 3.365/41).

A *contestação* só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta (art. 20). A maioria das contestações refere-se à impugnação do preço. Desse modo, a ação expropriatória corre independentemente de questões paralelas, que deverão ser suscitadas em ações próprias, específicas.

16.8.10 *Ação expropriatória: imissão provisória na posse*

A lei permite que o expropriante tenha, antecipadamente, a posse do bem objeto da expropriação. É a *imissão provisória na posse*, também denominada imissão prévia na posse, condicionada à alegação de urgência e ao pagamento

de quantia arbitrada pelo juiz (art. 15, *caput*, não mais prevalecendo a referência ao art. 685 do antigo Código de Processo Civil).

A alegação de urgência, que não pode ser renovada, obriga o expropriante a requerer a imissão provisória na posse no prazo improrrogável de 120 dias. Há dúvidas a respeito do momento a partir do qual esse prazo de caducidade é contado. Tende-se a fixar esse momento na alegação de urgência, feita pelo expropriante, não a partir da declaração expropriatória.

O expropriante, para obter imissão provisória na posse, deverá efetuar depósito de valor provisório.

Para os *prédios urbanos*, habitados pelo proprietário ou compromissário comprador, cuja promessa esteja inscrita no Registro de Imóveis, declarados de utilidade pública, o processo da imissão provisória na posse é fixado no Dec.-lei 1.075/70; nestes casos, é assegurado contraditório ao expropriado para o fim de impugnação do valor do depósito. Impugnada a oferta do expropriado, o juiz poderá valer-se de perito e fixará o valor provisório a ser depositado para fins de imissão provisória na posse. Se o valor arbitrado for superior à oferta, o juiz só autorizará a imissão provisória se o expropriante complementar o depósito para que atinja a metade do valor arbitrado. O expropriado poderá levantar toda a importância depositada e complementada, desde que demonstre ser o proprietário ou compromissário e estar quite com débitos fiscais (Dec.-lei 1.075/70, art. 5.º).

Para os demais casos de expropriação, vigorariam os critérios estabelecidos no § 1.º do art. 15, sobretudo o valor venal assinalado no último lançamento do IPTU. No entanto, vem sendo contestada, em decisões judiciais, a constitucionalidade desses critérios, após a Constituição Federal de 1988, considerando-se que o poder público deverá depositar o valor apurado em avaliação prévia, ainda que se faça avaliação definitiva no decorrer do processo (STJ, REsp 33.387-1/SP, 2.ª T., j. 19.04.1993). Parece melhor este entendimento, assegurando-se contraditório ao expropriado, para impugnação do valor depositado ou proposto; com isso, impede-se o pagamento de preço irrisório e vil, insuficiente para ressarcir a perda da posse, que, em geral, representa verdadeira perda fática da propriedade.

A imissão provisória na posse deve ser registrada no registro de imóveis competente (Dec.-lei 3.365/41, art. 15, § 4.º, este proveniente da Lei 11.977/2009).

16.8.11 Ação expropriatória: perícia, sentença e recursos

Para fins de avaliação do valor do bem, o juiz, ao despachar a inicial, designa perito de sua livre escolha, indicando, sempre que possível, um técnico (art. 14 do Dec.-lei 3.365/41). O perito judicial emitirá laudo, com demonstração dos critérios para obtenção do valor aí indicado. O autor e o réu podem

indicar, respectivamente, assistentes técnicos do perito, os quais tecerão considerações sobre o laudo pericial.

Na sentença o juiz fixará o valor do bem e demais parcelas incluídas na indenização, indicando os fatos motivadores de seu convencimento (art. 27).

Da sentença de primeiro grau cabe apelação voluntária com efeito devolutivo se interposta pelo expropriado; com efeitos devolutivo e suspensivo, se interposta pelo expropriante (art. 28). Cabe recurso necessário ou de ofício se a sentença condenar a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida (art. 28, § 1.º).

16.8.12 *Desistência da desapropriação*

O STF vem reconhecendo ao expropriante o direito de desistir de sua pretensão antes de findo o processo expropriatório com o recebimento do preço (RE 73.594/MG, j. 21.08.1972, RTJ, v. 63, p. 511-513). A *desistência* unilateral independe de consentimento do expropriado. Algumas condições são exigidas: a) o bem a ser devolvido é o mesmo bem objeto da expropriação – assim, tratando-se de bem edificado, será devolvido bem edificado; tratando-se de terreno livre, não ocupado, será devolvido terreno livre, sem invasão ou ocupação; b) o expropriado tem direito de receber do expropriante reparação dos danos sofridos desde a imissão deste na posse do bem até a reintegração do expropriado na posse do bem (STF, RE 99.528, j. 29.09.1988, RDA 187/1992, p. 238); c) o expropriante deve pagar honorários advocatícios e demais despesas judiciais do expropriado.

A desistência pode ser total ou parcial, revogando-se ou alterando-se a declaração expropriatória e ingressando-se em juízo com o pedido; é necessária a homologação do juiz para configurar-se a desistência. Se o expropriado recebeu alguma importância, por exemplo, por imissão provisória na posse, deverá devolvê-la, mediante cálculo atualizado.

16.8.13 *Destinação dos bens expropriados e retrocessão*

O atendimento do interesse público, que justifica a desapropriação, concretiza-se quando o poder público ou seus delegados utilizam o bem segundo o destino previsto na declaração expropriatória.

Em muitos casos, o bem retirado do particular transforma-se em bem público; por exemplo: construção de escola, hospital, abertura de rua. Em outros, o bem retirado de um particular terá como destinatário um outro particular, denominado, por alguns autores, de “beneficiário” da expropriação; por exemplo, cessão de bens expropriados para concessionárias de serviços públicos. Na desapropriação para reforma agrária, o bem expropriado é distribuído a beneficiários, que recebem títulos de domínio ou de concessão de uso. Na desapropriação para construção ou ampliação de distritos industriais há reven-