

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Coordenadores

DIREITO ADMINISTRATIVO

e seus novos paradigmas

Alexandre Santos de Aragão
Alexandre Wagner Nester
Bernardo Strobel Guimarães
Carlos Ari Sundfeld
Carolina Barros Fidalgo
Cesar A. Guimarães Pereira
Daniel Sarmento
Demian Guedes
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Egon Bockmann Moreira
Fernando Dias Menezes de Almeida
Giampaolo Rossi

Gustavo Binenbojm
Jacintho Arruda Câmara
Juarez Freitas
Luís Roberto Barroso
Marçal Justen Filho
Marcos Juruena Villela Souto
Nina Laporte Bomfim
Odete Medauar
Paulo César Melo da Cunha
Paulo Modesto
Sérgio Guerra
Vitor Rhein Schirato

© 2008 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra,
por qualquer meio eletrônico,
inclusive por processos xerográficos,
sem autorização expressa do Editor.

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 – 15º/16º andar
Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais
Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br
editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Cida Ribeiro
Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva – CRB 2459 – 6ª Região
Capa, projeto gráfico e formatação: Walter Santos

D598 Direito administrativo e seus novos paradigmas / Alexandre Santos de Aragão,
Floriano de Azevedo Marques Neto (Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum,
2008.

656 p.

ISBN 978-85-7700-186-6

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. I. Aragão, Alexandre Santos
de. II. Marques Neto, Florianio de Azevedo.

CDD: 342.9

CDU: 35

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira
de Normas Técnicas (ABNT):

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florianio de Azevedo (Coord.). *Direito
administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 656 p. ISBN 978-
85-7700-186-6.

A desapropriação no Estado Democrático de Direito

Egon Bockmann Moreira

Bernardo Strobel Guimarães

Sumário: 1 Introdução - 2 A supressão de direitos como idéia primal do instituto da desapropriação - 3 Perfis constitucionais do direito de propriedade e da desapropriação nas Constituições brasileiras anteriores - 4 Perfil constitucional da desapropriação na Constituição de 1988 - 5 Breves reflexões críticas sobre a desapropriação no Decreto-Lei nº 3.365/1941 - 6 Considerações finais

1 Introdução

O tema que os doutos Professores Doutores Floriano de Azevedo Marques Neto e Alexandre Santos de Aragão gentilmente nos propuseram exige uma — ainda que precária — (re)construção inicial em torno da idéia básica do instituto desapropriação. Isso porque pensar a respeito dela num Estado Democrático de Direito é refletir a respeito de um dos momentos extremos do Direito Administrativo.

Essa meditação envolve questionar qual é o Direito Administrativo que se pretende ver construído ao início deste século XXI. Trata-se de um sistema normativo que envolve institutos que dizem respeito a esferas auto-excludentes e antagônicas (público *vs.* privado; pessoal *vs.* coletivo), nas quais uma pessoa (o Estado) impera unilateralmente e a outra (o indivíduo) cumpre ordens? Trata-se de um conjunto de princípios e regras que se prestam a fazer valer a força estatal qualificada por atos discricionários imunes a qualquer controle? Ou se trata de um novo Direito Administrativo, mais afeto à cooperação do

que à subordinação; qualificado antes pela prévia participação privada nos assuntos públicos? Estamos diante de um Direito Administrativo que prestigia ao máximo o direito de propriedade em sua estrutura clássica (já abandonada pelo Direito Civil contemporâneo) ou compreende a sua “função social”?

Por mais óbvia que possa ser, não é cômoda a construção da resposta concreta a tais dilemas. Não nos parece haver dúvidas de que o Direito Administrativo não é uma disciplina estática, nascida na Revolução Francesa (com registro de nascimento no *arret Blanco*, de 1873) e desde então estancada a premissas cognitivas dos séculos XVII e XIX. O Direito Administrativo é, sobretudo, uma disciplina em constante evolução, sempre a exigir do intérprete uma reflexão contextualizada do momento cognitivo em que se dá a sua construção e aplicação.

Esse processo contínuo de renovação deve todas as homenagens aos conceitos já clássicos de Direito Administrativo (princípio da legalidade; ato administrativo; descentralização e desconcentração administrativa; órgãos e servidores públicos; serviços públicos; poder de polícia etc.). Sem eles não é possível a compreensão da disciplina. Ou melhor: sem eles, nem mesmo essa realidade que denominamos de “Estado Democrático de Direito” poderia ser compreendida. Os estudos produzidos em fins do século XIX e consolidados até a segunda metade do século XX são essenciais, pois na ausência deles não há Direito Administrativo.

Porém, fato é que não existem conceitos — por mais dogmáticos e consistentes que sejam — que façam a História a eles se curvar. O que se agrava em momentos de “pressa histórica” como os que hoje vivemos. Constatação que afeta sobremaneira o Direito Administrativo, cúmplice que é da evolução político-social. Estudar o Direito Administrativo é estudar o Direito Constitucional em ação; é estudar o “estatuto jurídico do político” (Gomes Canotilho) quando de sua aplicação dinâmica aos fatos da vida. Aqui se exige do jurista uma compreensão que leve em conta não só aquilo que foi tornado célebre em decorrência de sua alta qualidade científica, mas também a tentativa de construção do novo.

2 A supressão de direitos como idéia primal do instituto da desapropriação

A desapropriação é das manifestações mais tangíveis da autoridade reconhecida à Administração Pública pela ordem jurídica. É o instituto em que se verifica com toda clareza a nota de verticalidade ínsita à construção

tradicional da função administrativa. Por meio da desapropriação, o Estado retira unilateralmente determinado bem da esfera da pessoa privada — suprimindo um vínculo jurídico tido como perfeito, válido e eficaz pelo Ordenamento.

Sob certo ângulo, não seria demais afirmar que a desapropriação é a mais intrusiva das ações à disposição da Administração Pública, na medida em que a atuação de competências expropriatórias implica a supressão compulsória do direito de propriedade, convertendo-o em seu equivalente pecuniário.¹ Não há vontade ou interesse privado que possa se opor ao ato de desapropriar. Desde que esse ato administrativo obedeça aos requisitos legais, ao proprietário cabe apenas conformar-se com a retirada do bem de seu patrimônio e discutir o valor a ser objeto da indenização.

Embora no direito positivo brasileiro a ultimação da desapropriação se dê, salvo acordo amigável (hipóteses de fato excepcionais nas quais a pessoa privada acede ao valor ofertado), em sede judicial, a decisão de afetar um bem particular à força expropriatória do Estado incumbe, em regra, à Administração. Observados os pressupostos legais, a decisão administrativa de expropriar determinado bem se impõe ao particular — que terá que se contentar apenas com a justa indenização.

Disso se infere que é da essência desse instituto repercutir o conflito íntimo ao Direito Administrativo do século XIX; desapropriação é, na essência, a contraposição entre o interesse público posto em jogo e o interesse do indivíduo no que toca ao seu patrimônio pessoal.² Como anota Carlos Ari Sundfeld: “A questão principal da desapropriação é, portanto, obter o equilíbrio entre autoridade do Estado e liberdade do indivíduo”.³ Esta tensão é que a caracteriza e que deve ser compreendida contextualmente, à luz do Direito Constitucional dos dias de hoje.

¹ Sobre o tema lecionam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: “(...) en el cuadro de medidas interventoras administrativas (...) la expropiación forzosa se nos presenta como una de las más enérgicas por su contenido (sacrificio de las situaciones patrimoniales de los administrados) y también, quizá, por ello, una de las que se expresa en un sistema institucional más objetivado y, asimismo, más delicado.” (*Curso de derecho administrativo*, 9. ed. Madrid: Civitas, 2005. v. II, p. 209).

² Este ensaio não ingressará no tema do conflito interesse público vs. interesse privado (e respectiva “supremacia” daquele), nem tampouco na sua condição de elemento caracterizador do Direito Administrativo dos séculos XIX e XX. A esse respeito, v. Humberto Ávila, “Repensando o ‘princípio da supremacia do Interesse público sobre o particular’”, *RTDP*, 24/159, e Egon Bockmann Moreira, “A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova Lei de Parcerias Público-Privadas”, In: C. A. Sundfeld (Coord.), *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 114-140.

³ *Desapropriação*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1990. p. 11.

Por conta disso nem só pela autoridade se manifesta a desapropriação. Não se pode tratá-la como se ato arbitrário fosse (*rectius*: sem lastro em norma jurídica), mas sim a manifestação de um poder posto à disposição da Administração para o cumprimento de deveres institucionais. Ao lado da capacidade reconhecida ao Estado para extinguir vínculos de propriedade particular, a desapropriação também se caracteriza por dotar esse proceder de garantias substanciais ao expropriado. Com efeito, a supressão de direitos patrimoniais pelo Estado é condicionada à observância de um regime de especial segurança para a pessoa privada, cuja nota mais elementar é salvar de modo pleno tanto a legitimidade do ato como o direito de receber antecipadamente o equivalente pecuniário do direito sacrificado.⁴

A desapropriação, então, se caracteriza por esse aspecto dúplice: a autoridade do Estado e a incidência de um regime de segurança para o particular. Na síntese de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: “desde sus orígenes mismos la expropiación forzosa se nos presenta bajo una doble faz: por una parte, supone un poder de la Administración de abatir y hacer cesar la propiedad e las situaciones patrimoniales de los administrados; por otro lado, su regulación se articula en muy buena medida como un sistema de garantías ofrecido a estos administrados que sufren sobre su patrimonio la violenta inmisión administrativa”.⁵

Tendo em vista a importância dispensada ao direito de propriedade pela ordem jurídica, de outra solução não se cogitaria. Há uma íntima relação, que marca a ambos, entre o instituto da desapropriação e o direito de propriedade. O tema só se compreende tomando em conta a extensão conferida ao direito de propriedade como um direito fundamental (instrumento que é de objetivos socioeconômicos públicos e privados).

A desapropriação opera como um verdadeiro limite ao direito de propriedade, condicionando o interesse patrimonial dos particulares a cogitações de ordem pública. O instituto da desapropriação é um dos meios tradicionais de condicionar a propriedade privada a finalidades públicas, garantindo que objetivos coletivos possam ser implementados por intermédio do sacrifício dos interesses particulares.

⁴ Isso sem mencionar o direito ao controle da finalidade (desvio de) do ato expropriatório, como tantas vezes já decidiram os nossos tribunais (v.g., STF, RE 78229-GB, Relator: Min. Rodrigues Alckmin, RTJ, 72/479; STJ, REsp 36611-SC, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, RDA, 200/190).

⁵ *Curso...*, cit., p. 213.

Aliás, é de se destacar que desde a afirmação da propriedade como direito fundamental ela está condicionada pela possibilidade de o Estado sacrificar o interesse individual em nome de pressupostos coletivos, uma vez que se proceda ao pagamento prévio da respectiva indenização. Já no art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, diz-se que: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.⁶

Ou seja, mesmo nos períodos em que a propriedade era vista como um direito “sagrado” e “inviolável” do cidadão já se admitia a possibilidade de o Estado levar a efeito sacrifícios sobre ela, desde que condicionados por uma evidente necessidade pública e mediante o pagamento de justa e prévia indenização.⁷

Contudo, assim como o instituto da desapropriação configura a possibilidade de se instituir a extinção da propriedade, o aspecto fundamental desse direito impõe limites severos para que o Estado promova sacrifício de relações dominiais. Exatamente por incidir sobre o direito de propriedade, a desapropriação sofre restrições que são estranhas à lógica ordinária da atuação administrativa. A nota mais evidente disso é que a necessidade de indenização prévia vai de encontro ao suposto de que as manifestações do Estado têm o condão de sujeitar o particular desde logo. Embora em diversos campos da atuação administrativa reconheça-se que a vontade da Administração deve poder gerar efeitos imediatos (imperativos e auto-executáveis), no campo dos sacrifícios ao direito de propriedade tal premissa resta fragilizada, pois a ultimação do agir estatal fica condicionada a que se garanta a estabilidade do patrimônio do particular.

É o quanto basta para demonstrar a necessidade de se estudar a desapropriação em harmonia com os dispositivos jurídicos que cuidam do direito de propriedade como um direito fundamental.

⁶ Como anota Fábio Konder Comparato: “Duas preocupações máximas da burguesia foram rigorosamente atendidas: a garantia da propriedade privada contra expropriações abusivas (art. 17) e a estrita legalidade na criação e cobrança de tributos (arts. 13 e 14)” (*A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 133).

⁷ Renato Alessi destaca que a proclamação solene da propriedade como um direito inviolável contrapunha-se à concepção medieval de domínio eminente, na qual os títulos privados eram precários. Nessa linha, a afirmação do direito de propriedade orientava-se especialmente a proteger o particular em face do Estado, sendo a expropriação reservada para situações excepcionais (*Instituciones de Derecho Administrativo*, t. II. Barcelona: Bosch, 1970. p. 549).

3 Perfis constitucionais do direito de propriedade e da desapropriação nas Constituições brasileiras anteriores

Como anotado, a compreensão da posição jurídica da desapropriação no Estado Democrático de Direito não prescinde da análise do alcance conferido ao direito de propriedade em um determinado sistema jurídico. Na medida em que a ordem jurídica protege a propriedade, assegurando-lhe o status de direito fundamental, a desapropriação deve ser analisada tendo em mira tal circunstância.

Assim, para compreender a desapropriação enquanto instituto inserido no Estado Democrático de Direito, é necessário analisar a estrutura do direito de propriedade e sua evolução. É o que a seguir far-se-á com extrema brevidade, analisando os diversos textos constitucionais brasileiros que confirmam a proximidade entre propriedade e desapropriação.

Desde a primeira Constituição brasileira encontram-se dispositivos normativos que cuidam da matéria em exame. Na Constituição Imperial de 1824 o tema era tratado do seguinte modo:

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

(...)

XII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

Embora a Constituição do Império tenha afirmado o compromisso solene com a proteção da propriedade “em toda sua plenitude”, também deixou ressalvada a possibilidade de se afetá-la às exigências “bem comum” como “única exceção”, desde que garantida indenização prévia. Por mais que se dispensasse proteção ao direito de propriedade, admitia-se a imposição de condicionamentos ditados por exigências de ordem pública, a serem implementadas pelo Estado. Aliás, é de se destacar que a única limitação oponível à propriedade privada era a decorrente das atuações estatais em nome do bem comum, observada a necessidade de indenização prévia.⁸

⁸ O tema da propriedade no período do Império deu origem à discussão que soa absolutamente descabida para os dias de hoje. Como registra a história, uma das questões centrais da abolição da escravatura era justamente se haveria a necessidade de se indenizar os senhores que seriam despidos de sua “propriedade”.

A proclamação da República não alterou o quadro em relação ao caráter absoluto do direito de propriedade. Diz a Constituição de 1891 sobre o tema:

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

(...)

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

Novamente a fórmula empregada pela Constituição declara a proteção integral à propriedade, ressalvando, contudo, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, como única exceção cogitável em relação à sua plenitude.

Tanto o texto da Constituição do Império como o da Republicana de 1891 pautam-se por referenciais liberais, condicionando o direito de propriedade apenas a contingências públicas. É de se destacar, contudo, que mesmo nos períodos em que os textos constitucionais orientavam-se a instituir um modelo pautado em predicados eminentemente liberais, reconhecia-se a possibilidade de o Estado sacrificar o direito de propriedade por força do interesse público.

A seu turno, a Constituição de 1934, já fruto de um referencial teórico não tão comprometido apenas com as pautas liberais, dispôs da seguinte forma acerca do tema:

Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

Inclusive, projeto anterior à Lei Áurea, de autoria de Antônio Prado chegou expressamente a prever a abolição condicionada ao pagamento de indenização, solução que foi abandonada na lei que restou aprovada. A existência da discussão é eloqüente no sentido de demonstrar a profundidade do valor propriedade no período do Brasil Império. Para uma rápida resenha acerca da questão v. José Reinaldo de Lima Lopes, "Raciocínio jurídico e economia". *RDPE*, 8/159.

A inovação significativa contida no Texto de 1934 é a afirmação de que o direito de propriedade está condicionado a observar pautas sociais, não podendo ser gerido apenas e tão só em função das pretensões econômicas do seu titular. Segundo prescreve esta Constituição, o direito de propriedade não pode ser exercido contra o interesse social ou coletivo, o que traduz compromisso com a idéia de que tal direito é afetado a interesses outros que não apenas o do proprietário. Trata-se do “princípio da função social da propriedade”, oriundo do art. 153 da Constituição de Weimar — que celebrou a máxima “a propriedade obriga”.⁹

Em particular no que toca à desapropriação, do Texto de 1934 decorre uma especificidade relevante: o sacrifício de direitos patrimoniais continua a estar condicionado ao pagamento de prévia indenização, acrescida do qualificativo “justa”. Isto é, não se trata de qualquer valor indenizatório, mas apenas daquele que se qualifique como “justo” (adequado e proporcional ao real valor de mercado do bem).

Ao seu tempo, o texto de 1937 não traz qualquer inovação de destaque em relação à desapropriação — a não ser no que respeita à qualidade de “justa” da desapropriação (suprimida) e em relação aos condicionantes sociais ao direito de propriedade, limitando-se a dispor da seguinte maneira sobre o tema:

Art. 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

4) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

A Constituição de 1946 provê duas alterações importantes no tema. Ao mesmo tempo que insere como título idôneo para levar a efeito a desapropriação o chamado “interesse social”,¹⁰ fixa que a respectiva indenização — mais uma vez “prévia e justa” — dar-se-á “em dinheiro”. Diz o referido Texto:

⁹ A propósito da Constituição Alemã de 1919, v. Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica ...*, cit., p. 180-190. Para uma resenha da estrutura jurídica da função social da propriedade, v. Egon Bockmann Moreira, “Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social”. *RDPE*, 14/33-41. Sobre o direito de propriedade e a necessidade da reconstrução de seu ensino jurídico, v. Eroulths Cortiano Junior, *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁰ Odete Medauar lembra que a inclusão no texto da Constituição de 1946 do dispositivo decorre de emenda ao projeto proposta por Ferreira de Souza, rejeitada pela Comissão de Constituição, mas acolhida em Plenário (*Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2007. p. 351). Desde o Texto de 1946 estabeleceu-se uma tríplice justificação para a desapropriação: necessidade pública, utilidade pública e interesse social.

Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

Segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade, o §16 do art. 141 retrata as “duas faces” da Constituição de 1946: ao mesmo tempo progressista e reacionária, pois a *prévia e justa indenização em dinheiro* significa “outro meio técnico de garantia constitucional em proveito do elemento conservador, quando trata de alcançar o fim antecedentemente disposto — a desapropriação, feita lícita por interesse social como ressalva ao direito de propriedade. Essa desapropriação, que abriria caminho à reforma agrária autêntica, demandada pelas correntes sociais mais radicais, vê-se todavia estorvada por aquele obstáculo, que foi transigência e concessão às forças dominantes, tão poderosamente representadas na Constituição de 1946.”¹¹

Ao seu tempo, o Texto de 1967 tratou do assunto da seguinte forma:

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

(...)

§22 – É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157.

A novidade no trato da desapropriação está na ressalva contida nas exceções em relação ao caráter prévio e em dinheiro da indenização (§1º do art. 157¹²). O Texto de 1967 flexibilizou a regra da indenização prévia em espécie para os casos de desapropriação de imóveis rurais promovidas pela União.

¹¹ *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Ed., 2002. p. 423.

¹² “Art 157 – A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) §1º – Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.”

Já a disciplina na EC nº 1/69 apenas tornou mais clara a possibilidade de, em certas hipóteses, haver desapropriação sem pagamento de indenização prévia em dinheiro:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.¹³

A análise dos textos constitucionais anteriores ao vigente no que tange ao direito de propriedade tem o condão de demonstrar que algumas notas mantiveram-se constantes em nosso sistema jurídico-constitucional desde a Constituição do Império.

Primeiro, é de se destacar que a propriedade, desde a primeira Constituição brasileira, é celebrada como um direito fundamental. Em nossa história constitucional o direito de propriedade sempre foi afirmado como integrante do rol dos direitos mais elementares dos cidadãos, o que lhe atribui um regime de segurança jurídica reforçado. O que retrata uma concepção típica das revoluções burguesas do século XVIII, a persistir no tempo em nosso ordenamento constitucional.

Segundo, e também desde sempre, a desapropriação fundada em títulos de necessidade/utilidade pública apresentou-se como um título legítimo para o sacrifício do direito de propriedade. Por mais plena que fosse a garantia da

¹³ "Art. 161. A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.

§1º A lei disporá sobre volume anual ou periódico das emissões dos títulos, suas características, taxas dos juros, prazo e condições do resgate.

§2º A desapropriação de que trata este artigo é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o acima disposto, conforme for estabelecido em lei.

§3º A indenização em títulos somente será feita quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro."

propriedade (como nos períodos referenciados pelo ideário liberal clássico), sua proteção não seria oponível à implementação das necessidades postas a cargo do Estado.

Terceiro, o sacrifício do direito de propriedade sempre esteve associado à necessidade de indenizar o particular que fosse atingido por ele. A perda da propriedade está necessariamente associada ao pagamento de seu real equivalente em dinheiro (ou títulos representativos), sendo a desapropriação, em verdade, um meio de extinguir compulsoriamente uma relação de domínio específica mediante a substituição do bem no patrimônio do expropriado pelo seu exato equivalente pecuniário.

Tais idéias configuram notas constantes associadas ao instituto da desapropriação, desde a primeira Constituição brasileira.

Já as variações sentidas na evolução do tema dizem fundamentalmente com a consagração da idéia de função social da propriedade e com a flexibilização do suposto da indenização prévia em dinheiro para certas modalidades de desapropriação.

De posse desses referenciais evolutivos é que se pode analisar a disciplina da matéria na Constituição de 1988.

4 Perfil constitucional da desapropriação na Constituição de 1988

Vista a íntima relação da desapropriação com a afirmação do direito fundamental de propriedade nos textos constitucionais anteriores, importa destacar o tratamento atual do tema em nossa ordem constitucional.

A Constituição de 1988 celebra a propriedade como um direito fundamental em dois dispositivos do art. 5º:

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;

Contudo, desde logo o Texto Constitucional impôs ao direito de propriedade condicionamentos em razão da função social, ao afirmar que: “XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”

A redação da atual Constituição encarece a necessidade de a propriedade estar submetida a valores que não se esgotam no atendimento das finalidades do seu titular, gerando benefícios para toda a sociedade. O tema não se

esgota nas cogitações exauridas na tríade “usar, fruir e abusar”, porém de algo que condiciona e mesmo dirige o exercício dos direitos do proprietário sobre o bem e lhe confere (ao bem) um direcionamento exógeno (e mesmo antagônico) à vontade do seu dono. Em determinadas situações, o desejo do proprietário (individual) passa a desempenhar um papel secundário em vista do fim que deve ser atingido (social). O que exige uma compreensão renovada de alguns dos conceitos clássicos do Direito Privado (apesar de não os suprimir), bem como uma perquirição a respeito da posituação jurídica do princípio da função social da propriedade.

Somente após estabelecer-se o direito de propriedade e afirmar sua submissão à função social é que se cuida da desapropriação propriamente dita:

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.

Tal disposição é o fundamento constitucional básico para a desapropriação. Consagrou-se a orientação já firme desde 1946 de autorizar a desapropriação não só por conta de imperativos de utilidade e necessidade públicas, mas também por conta de interesses sociais postos sob a tutela do Estado.

Além do preceito geral contido no art. 5º, inc. XXIV, sobre a desapropriação, a Constituição dedicou-se a tratar do tema em dois outros artigos específicos, que trazem regimes em alguma medida peculiares.

Primeiramente, quando a Constituição cuida “Da Política Urbana” estabelece uma modalidade de desapropriação — a ser instituída pelos Municípios — que visa precipuamente apenar o proprietário que não esteja dando ao imóvel urbano destinação conforme o Plano Diretor Municipal (vale dizer, que não esteja cumprindo com sua função social). Nesses casos, o pagamento da indenização se dá mediante a emissão de títulos e não em dinheiro.^{14 15}

¹⁴ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (...).

§4º – É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...)

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

¹⁵ Sobre a desapropriação urbanística, v. Clovis Beznos, “Desapropriação em nome da política urbana”, In: Adilson Abreu Dallari e Carlos Ari Sundfeld (Org.), *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal*

Ainda ao dispor acerca “Da Política Agrária e Fundiária e da Reforma Agrária”, a Constituição estabelece que a União poderá desapropriar para fins de reforma agrária bens que não estiverem sendo devidamente aproveitados, sendo que nesse caso a indenização do valor da terra também não será em dinheiro, e sim em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos.¹⁶

A peculiaridade dessas duas hipóteses decorre da flexibilização da regra geral acerca da indenização justa, prévia e em dinheiro. Nos casos excepcionais tratados pela Constituição, o pagamento da indenização se dá por meio de títulos, o que se fundamenta no desvalor atribuído pela ordem constitucional à utilização de bens urbanos e rurais em desconformidade com a sua função social.

Assim, a análise da desapropriação na Constituição demonstra que basicamente há três previsões diversas que a autorizam. A primeira — referida no art. 5º, XXIV — é a mais genérica fundada em razões de necessidade e utilidade públicas ou ainda no interesse social. Para tais hipóteses, que constituem o regime geral das desapropriações, prevê-se a necessidade de indenização justa e prévia, em dinheiro.

Solução diversa é dada pela Constituição nos casos em que a desapropriação decorre da utilização inadequada de um imóvel urbano ou rural, nestes casos (e só neles) autoriza-se que a indenização não seja paga em dinheiro, mas sim em títulos públicos a serem resgatados em determinado intervalo de tempo.

10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 117-136; Aluísio Pires de Oliveira e Paulo Cesar Pires Carvalho, *Estatuto da Cidade: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 112-120; e José Afonso da Silva, *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. p. 372-384.

¹⁶ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§1º – As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§2º – O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§3º – Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§4º – O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§5º – São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.”

A análise da Constituição vigente e de suas disposições específicas acerca da desapropriação demonstra o expresso compromisso havido com as garantias inerentes ao sacrifício de direitos patrimoniais dos cidadãos, como decorrência do caráter fundamental do direito de propriedade.

Primeiramente, toda e qualquer desapropriação depende do pagamento de indenização justa. Não existe a possibilidade de o Estado impor sacrifício patrimonial sem que arque com a devida indenização. Mais do que isso, como regra geral (salvo nos casos especificamente excepcionados pela Constituição) a indenização deve ser prévia e em dinheiro.

Tal pressuposto configura verdadeira garantia do cidadão em face das competências expropriatórias do Estado — não importando como elas se manifestem — assegurando que toda vez que se extinguir um direito patrimonial por força da atuação estatal haverá a justa compensação ao prejudicado.

Outro ponto que merece destaque na Constituição de 1988 é a submissão a qualquer manifestação expropriatória às pautas do devido processo legal (CF, arts. LIV e LV). Por força da garantia constitucional do *due process of law*, a desapropriação deve garantir ao expropriado o contraditório e a ampla defesa, o que garante que o manejo de competências expropriatórias será exercido nos exatos limites do interesse público (controle).¹⁷ A previsão da cláusula do devido processo legal na Constituição constitui assim substancial reforço no aspecto de garantia inerente à desapropriação, possibilitando *materialmente* que o expropriado contraponha-se às razões invocadas pela Administração Pública para levar a efeito a desapropriação.

A análise da Constituição vigente demonstra que a desapropriação — por implicar supressão do direito fundamental à propriedade — está sujeita a um regime que consagra arcabouço normativo orientado a dotar o particular de sólidas garantias. É exatamente com base nesses elementos que então devem ser analisadas as disposições infraconstitucionais acerca da desapropriação. Com efeito, toda análise da legislação que cuida do tema — em especial tendo em vista que os diplomas fundamentais acerca do tema foram editados tempos atrás — deve tomar em conta os valores de especial segurança que decorrem da Constituição de 1988.

¹⁷ A respeito da garantia do devido processo legal, v. Egon Bockmann Moreira, *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 215-293.

5 Breves reflexões críticas sobre a desapropriação no Decreto-Lei nº 3.365/1941

Examinadas as bases constitucionais nas quais se funda a desapropriação, é, enfim, possível lançar alguns juízos críticos acerca das disposições normativas que regem o instituto. Dada a brevidade do presente estudo, analisar-se-á apenas as disposições do Decreto-Lei nº 3.365/1941 — que faz as vezes de base normativa genérica acerca da desapropriação. É esse diploma que fornece o grosso das disposições sobre o assunto: além de reger aquela por necessidade e utilidade pública, aplica-se subsidiariamente às fundadas em interesse social (art. 5º, Lei nº 4.132/62). Mesmo a desapropriação para fins de reforma agrária (LC nº 76/93) acaba sendo tributária da estrutura geral definida no decreto-lei, embora este não se aplique a ela diretamente.

Além da abrangência do decreto-lei — o que já justificaria o corte metodológico proposto — outras circunstâncias justificam a escolha. Em especial, a análise do decreto-lei demonstra o descompasso de certas disposições acerca da desapropriação, que se afastam dos predicados que se impõem ao instituto por força da Constituição de 1988.¹⁸ Isso faz com que tais preceitos percam consistência normativa (*rectius*: validade e eficácia) ou que sejam submetidos a uma interpretação conforme. De um ponto de vista geral, é nítido que um dos escopos consagrados no decreto-lei é privilegiar o expropriante de modo exorbitante, o que causa certos agravos aos particulares que merecem análise mais pormenorizada à luz dos valores constitucionais.

Como destacado, o inter-relacionamento do instituto da desapropriação com o direito fundamental de propriedade traz para a discussão a tensão elementar entre a autoridade pública e a autonomia do particular. Tensão esta que se estabelece num regime de exercício democrático dos deveres imputados à Administração, combinados com a função social da propriedade privada. Tudo isso num sistema em que as investidas do Estado sobre o patrimônio privado devem respeitar um regime qualificado de segurança concebido em favor dos particulares. Sublinhe-se que, embora a justa indenização seja a garantia máxima do particular em matéria de desapropriação, a proteção celebrada na Constituição não se exaure nisso.

¹⁸ Marçal Justen Filho encarece a necessidade de uma leitura do decreto-lei atenta aos predicados da nossa Constituição (*Curso de direito administrativo*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 432-433).

Há garantias processuais prévias e garantias substanciais que devem conduzir a compreensão do instituto. Assegurar a indenização não esgota a proteção do expropriado que vai além da salvaguarda da manutenção global do seu patrimônio. Aliás, um dos graves equívocos havidos em matéria de desapropriação é imaginar que por ter o particular a garantia de ser indenizado de modo justo — ainda que em data futura e incerta — faleceria a ele o interesse de discutir outras questões. Em verdade, o nível de garantia concedido ao particular vai além da proteção do seu patrimônio, assumindo grande relevância para o tema o respeito à cláusula do devido processo legal (substancial e procedimental).

É com base nesses pressupostos que se passa à análise de algumas das disposições do decreto-lei, destacando que os pontos abordados são muito mais um convite à reflexão do que a apresentação de conclusões definitivas. As questões são tratadas como um ponto de partida de discussões possíveis de serem feitas, não tendo a ousadia de pretender esgotar a matéria. A seguir serão tratados dois temas específicos: i) a validade formal do Decreto-Lei nº 3.365/1941; e ii) a discussão quanto à validade substancial de alguns dispositivos do Decreto-Lei nº 3.365/1941, este sob quatro ângulos distintos.

O primeiro tema diz respeito à recepção do Decreto-Lei nº 3.365/1941 pela Constituição de 1988 (e aquelas que a antecederam, desde a de 1946). Como se sabe, em 1941 o Brasil vivia sob um regime de golpe de Estado, apenas formalmente constitucional.¹⁹ O Presidente da República havia outorgado a Constituição de 1937 e se autoproclamado “autoridade suprema” da Nação (art. 73 da Carta), atribuindo-se as funções Executiva e Legislativa (quando não o controle do controle jurisdicional²⁰).

¹⁹ Como consignou Afonso Arinos de Melo Franco: “Há um fosso intransponível entre a Constituição de 1937 e o regime do Estado Novo. Juridicamente e rigorosamente, uma nada teve a ver com o outro. (...) Por este fato mesmo, não há necessidade de prestar muita atenção a um texto que não foi aplicado, e que havia sido redigido conscientemente para não se aplicar” (*Direito constitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 127). Nas palavras de Raul Machado Horta, forte em Loewenstein, a Carta outorgada em 1937 foi nada mais do que uma *Constituição Semântica* (*Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 59-60).

²⁰ Se as leis declaradas inconstitucionais pelo STF fossem, “a juízo do Presidente da República, necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, poderiam ser novamente submetidas ao Parlamento (Carta de 1937, art. 96, par. ún.). Como não havia Poder Legislativo, o Presidente submetia a si próprio a decisão e re-editava a lei declarada inconstitucional. Foi o que aconteceu em 1939, quando o STF julgou inconstitucional lei sobre o imposto de renda e o Presidente discricionariamente editou um decreto-lei declarando que a decisão do STF não atendia o interesse nacional. O exemplo é dado por Eduardo Espínola (*Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (18 de setembro de 1946), 1º v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p. 37-38, em especial a nota de rodapé nº 32).

Não obstante o fundamento ditatorial para a sua expedição, fato é que o Decreto-Lei nº 3.365/1941 foi *recepicionado* pelas Ordens Constitucionais subseqüentes, em razão da necessária *estabilidade normativa* e *eficácia construtiva* das normas constitucionais.²¹ A nova Constituição *recebe* a ordem normativa infraconstitucional anterior no que com ela seja compatível: num primeiro momento, em termos formais, e depois paulatinamente mediante um exame substancial da norma recepcionada. Isto é, a recepção não significa só a incorporação às cegas de toda a legislação infraconstitucional anterior.

A Constituição superveniente recebe e confere uma nova leitura à legislação ordinária pretérita (afinal de contas, confere-lhe um novo fundamento de validade que exige uma nova construção hermenêutica, incluindo incidências até então inéditas e excluindo antigas aplicações). Daí a proposta de discussão que vai a seguir, com foco preciso nos seguintes quatro temas do Decreto-Lei nº 3.365/1941: a) a validade da discussão do “mérito” na ação de desapropriação e sua submissão ao devido processo legal; b) a invalidade de desapropriações por meio de lei com efeitos concretos; c) a invalidade de desapropriações decorrentes de valorização de imóveis em decorrência de atos estatais; e d) a invalidade de desvio aleatório quanto ao destino do bem expropriado.

O primeiro foco de análise recairá na norma que retira do âmbito da ação de desapropriação a possibilidade de qualquer impugnação direta em relação ao mérito da decisão que fixa determinado bem à força expropriatória do Estado, limitando a discussão aos vícios do processo judicial e à definição do *quantum* da indenização (art. 20 do decreto-lei). Essa norma visa dar operacionalidade ao comando contido no art. 9º do decreto-lei, que pretende vedar ao Judiciário a manifestação acerca da presença de utilidade pública. A previsão tem cheiro e cor de um preceito arbitrário, que se funda nas “razões do Estado” como fundamento para exclusão do exame jurisdicional dos atos administrativos.²²

²¹ Cf. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 218-222. A propósito da eficácia (ou continuidade) jurídica de decretos e decretos-leis editados ao tempo de regimes de exceção (em especial o “Código de Águas”), v. as ponderações de Floriano de Azevedo Marques Neto (“Domínio público estadual e serviço público federal: aspectos jurídicos sobre o uso de bens estaduais para instalações de energia elétrica”, *RDPE*, 17/75-110) e Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão (“O princípio da eficiência e a gestão empresarial na prestação de serviços públicos: a exploração econômica das margens de rodovias”. *RDPE*, 17/191-209).

²² Como já decidiu o STF: “É preciso advertir que as razões de Estado — quando invocadas como argumento de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público ou de qualquer outra instituição — representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à *vontade do Príncipe* (o que é intolerável), a

Usualmente, na defesa do decreto-lei aponta-se que a norma em tela visa garantir a celeridade do processo de expropriação e que tal proceder não causaria agravos ao particular, que poderia discutir em sede autônoma as demais matérias que reputasse convenientes.²³ ²⁴ Com a devida *venia* aos que pensam em sentido diverso, a limitação das matérias argüíveis pelo expropriado na contestação constitui agravo às garantias inerentes ao instituto da desapropriação. O argumento de que tais restrições visam assegurar a celeridade do processo não se sustenta à luz de uma análise sistemática do instituto. Tal conclusão decorre do fato de o procedimento de desapropriação já conhecer mecanismos que garantem o acesso do Poder Público ao bem antes de definida a perda da propriedade, instituindo regras que disciplinam a imissão provisória na posse. Embora seja claro que a desapropriação reveste-se em certos casos de urgência (situação de usual criada pela própria Administração e respectiva ausência de planejamento), para essas hipóteses é assegurado ao Poder Público, desde logo, imitir-se na posse. Tal garantia basta para tutelar a “urgência” referente à desapropriação, nada justificando impor restrições ao particular no que tange à defesa que é possível de ser por ele apresentada em prol da celeridade.

Ora, a única urgência que pode ser alegada pelo Poder Público é a de ter a posse do bem o quanto antes. Não há qualquer urgência em relação à discussão de se deve, ou não, impor a perda da propriedade particular em determinado caso concreto. Em sede constitucional, nada obsta que o expropriado possa exercer sua *ampla defesa* e submeter as suas razões a um *devido processo legal*. Ao contrário: tais direitos-garantias são assegurados aos cidadãos. Se a Administração atua mal (ou se pratica ato viciado, em desvio de poder), que arque com as conseqüências e custos de sua desídia (máxime os agentes responsáveis pelo ato materialmente viciado).

autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a idéia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais” (AgRg/Al 236.546-ES. Min. Celso de Mello. RDA, 218/222).

²³ Como já decidiu o STJ: “Fere o espírito da Lei de Desapropriação decisão judicial que autoriza o debate de questões estranhas ao valor da indenização nos próprios autos do processo desapropriatório. Se, por um lado, o procedimento previsto no art. 20 do Decreto-Lei n. 3.365/41 parece contrariar o princípio da economia processual, por outro tem o mérito de proporcionar maior agilidade ao processo desapropriatório, aspecto de não menos relevância que acabou por determinar a conduta do legislador, pautada nos princípios da maior eficiência e celeridade processual. (...)” (REsp 353.382/PB. Min. João Otávio de Noronha. DJ, 26 maio 2006).

²⁴ Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 152).

Mais do que isso: nosso sistema constitucional impõe que o sacrifício da propriedade se dê com a observância de *todas* as garantias ao particular, o que se reflete no plano processual vedando que se trate essa grave questão de modo parcial ou abreviado. A questão analisada é eminentemente de devido processo legal, ampla defesa e contraditório (Constituição, art. 5º, incs. LIV e LV). A apresentação de defesa *íntegra* pelo expropriado na ação em que se poderá produzir o resultado “perda da propriedade” é imperativo do *due process of law*.

Nem se argumente que a possibilidade de discussão da matéria por vias outras que não a ação de desapropriação bastaria para escoimar qualquer ofensa ao devido processo legal. Quando menos, essa postura implicaria obstáculos materiais ao acesso à Justiça, impondo ao expropriado os ônus da multiplicação de demandas judiciais (e respectivos custos). Contudo, isso não é o mais grave.

No caso do fracionamento da defesa, é de se admitir, em tese, que o resultado perda definitiva da propriedade possa ser alcançado antes de se analisarem os argumentos de defesa do expropriado.²⁵ Em razão da exclusão do exercício da ampla defesa no processo *expropriatório*, dificilmente se poderia considerar a lide ordinária como uma questão prejudicial externa à desapropriação (CPC, art. 265, IV, “a”). Exatamente aí reside o *punctum saliens* da questão: a Constituição de 1988 não admite a perda da propriedade antes do exercício da ampla defesa! A simples cogitação desse resultado demonstra que restrições ao direito de defesa não se coadunam com o devido processo legal.

Assim, não parece haver dúvida de que a regra contida no art. 20 do decreto-lei não está materialmente conforme ao Texto Constitucional, pois permite que se imponha ao particular o sacrifício de seu direito de propriedade sem que se garanta a ele aduzir todos os argumentos necessários à defesa de seu direito fundamental.

O segundo aspecto que se crê haver descompasso entre normas do decreto-lei e valores tutelados pela Constituição diz respeito ao art. 8º do diploma ordinário, ao prever que o processo de desapropriação possa ser iniciado diretamente junto ao Legislativo. Nesses casos, a afetação de

²⁵ Não se perca de mira a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello ao lembrar que, conforme a sistemática do art. 35 do decreto-lei, uma vez que determinado bem tenha sido incorporado ao patrimônio público ele não pode ser objeto de reivindicação posterior (*Curso de direito administrativo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 824-825).

determinado bem à força expropriatória do Estado não deriva da aplicação pela Administração de títulos normativos genéricos, sendo a injunção feita diretamente pelo Legislativo. É caso típico de lei de efeitos concretos, sendo o ato legislativo, materialmente, administrativo.²⁶

Embora o tema não tenha ensejado reprimendas da doutrina, a desapropriação instaurada diretamente por lei cria indevidas restrições ao direito de propriedade privada e configura ofensa ao devido processo legal. O ato legislativo afeta o bem particular à força expropriatória do Estado, sendo esse juízo decorrente de uma decisão política, e não o produto de um procedimento formalizado como seria nos casos de essa declaração ser produzida pela Administração. Vale dizer: a decisão do Legislativo de afetar um bem à força expropriatória do Estado se pauta por uma lógica absolutamente diversa da atuação administrativa, não se submetendo a formação da vontade legislativa a um procedimento que permita o seu controle.

É exatamente nesse ponto que reside a questão fundamental relativa à análise. Na medida em que a produção da decisão legislativa se submete a uma racionalidade diferente daquela própria da Administração Pública, não sendo obrigada a justificar-se, o seu controle se torna mais difícil. É extremamente mais complexo para o particular buscar defender a inadequação da lei (ainda que de efeitos concretos) do que o fazer em face de um ato administrativo. Ainda que com alguns temperamentos, é válida a lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: “El verdadero problema constitucional que plantean las expropiaciones *ope legis* instrumentadas por Leyes singulares no resulta tanto de su singularidad misma, esto es, de su confrontación con el principio de igualdad, ni tampoco de su conformidad o disconformidad con las garantías que derivan del artículo 33.3 de la Constitución, sino, mas bien, como acerto a destacar Parada, de la eliminación o, por lo menos, de la sustancial mutilación de la garantía judicial que resulta de hecho mismo de la inatacabilidad de la Ley por el expropiado”.²⁷ Embora o sistema brasileiro seja mais arejado em relação ao controle da lei de efeitos concretos pelo Judiciário, parece incontornável a conclusão de que, quando menos, há um incremento de dificuldade para o expropriado defender-se nos casos de desapropriações iniciadas no Legislativo. Isso além de não existir uma consistência técnico-administrativa que porventura permita o controle da escolha discricionária

²⁶ Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito ...*, cit., p. 149).

²⁷ *Curso ...*, cit., p. 210.

quanto ao bem a ser desapropriado. Tal decorre da inviabilidade de controlar o próprio juízo político que levou à edição da lei concreta.

O fato de se poder controlar *a posteriori* a lei de efeitos concretos não parece alterar a conclusão. Isso porque o controle possível de ser feito resta manietado pela impossibilidade de se levar a cabo um controle efetivo das razões que levaram o Legislativo a afetar determinado bem à força expropriatória do Estado (o motivo e a motivação do ato legislativo; o eventual desvio de poder na edição do ato legislativo expropriatório²⁸). E é essa a questão fundamental da desapropriação.

Não bastasse tanto, não é de se perder de mira a disposição constitucional do art. 5º, XXIV: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (...)” A análise do texto da Constituição demonstra que foi reservado à lei definir o procedimento da desapropriação, o que repele a idéia de desapropriações levadas a efeito por uma lei de efeitos concretos, que porventura despreze o comando constitucional do necessário procedimento prévio.

A uma, o que se pretendeu no art. 5º XXIV da Constituição foi instituir um verdadeiro processo administrativo de desapropriação pelo qual as autoridades administrativas aplicam as normas gerais (editadas pela União) aos casos concretos, sendo o exercício dessas competências controláveis pelo expropriado. A Constituição consagrou uma estrutura procedimental como garantia dos particulares.

A duas, não houve qualquer menção a desapropriações levadas a efeito por lei na Constituição — o que repele a adoção desse expediente em prol da segurança dos expropriados. A interpretação do Texto Constitucional deve, no caso, preservar ao máximo a segurança do expropriado o que se faz por meio de uma leitura restritiva do art. 5º, XXIV. Se a lei não autorizou de modo expresso que leis dêem início ao procedimento de desapropriação, essa possibilidade não deve ser admitida.

Em um terceiro foco de cogitações deste esforço de fazer uma análise crítica do Decreto-Lei nº 3.365/1941 à luz do Texto Constitucional de 1988, importa analisar a possibilidade de se levar a efeito desapropriações que tenham por objetivo suprimir a propriedade particular de áreas que forem objeto de valorização por conta da atuação do Estado (art. 4º).

²⁸ A respeito do desvio de poder legislativo, por todos v. Caio Tácito, *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 61-62.

A inadequação dessa disposição reside no fato de haver à disposição do Poder Público outro instrumento jurídico capaz de fazer o particular sofrer as conseqüências do aumento patrimonial que lhe foi ocasionado pelo Estado, sem necessidade de sacrificar-lhe a propriedade. Cuida-se da contribuição de melhoria — que tem por escopo exatamente fazer com que o particular não frua, sem qualquer contrapartida, dos benefícios que lhe foram causados por uma atuação estatal. O que importa encarecer é que na medida em que o Estado possui instrumento jurídico dirigido ao escopo de fazer o particular contribuir em relação aos benefícios de que fruiu, não cabe a imposição do sacrifício da propriedade privada. Entre dois meios idôneos para produzir o mesmo resultado, há se optar pelo menos agressivo, mais razoável e proporcional em relação ao direito fundamental de propriedade.²⁹

Na raiz da questão está inclusive constatação de maior gravidade. O interesse público em levar a efeito determinada desapropriação não se estende à expropriação das áreas que valorizaram, de modo a tornar o Estado especulador de si mesmo. A Constituição de 1988 não atribui ao Poder Público essa condição. Não parece que o interesse do Estado em aproveitar uma vantagem econômica seja sólido suficiente para conduzir ao sacrifício da propriedade particular, máxime em havendo meios de constranger o particular a suportar os ônus referentes à valorização de sua área. Em outras palavras, a desapropriação da área que se valorizou não se reconduz a nenhuma das prescrições constitucionais que autorizam a supressão da propriedade particular.

Por fim, e para concluir este breve exame destes quatro tópicos da releitura constitucional do Decreto-Lei nº 3.365/1941, é de se questionar, à luz dos referenciais vistos, as restrições havidas à reivindicação do bem nos casos em que já tenha se ultimado a desapropriação, incorporando-se ao patrimônio público (art. 35).

A questão da insurgência por parte do expropriado quando ao bem não for dada a destinação originalmente prevista já foi objeto de diversos estudos, não calhando revisitar todos os aspectos inerentes ao tema.³⁰ O presente

²⁹ É o que destacou com argúcia Celso Antônio Bandeira de Mello: *Curso...*, cit., p. 823.

³⁰ O tema é usualmente tratado pela rubrica da retrocessão ou tredestinação, disputando-se a natureza desse instituto. Razão parece assistir aos doutrinadores que visualizam com base na Constituição a retrocessão como o direito de natureza real de perseguir o bem caso não se dê a ele a destinação devida. Contudo, além desse direito real de retrocessão há ainda o direito pessoal de preferência (CC, art. 519) que caso violado garante ao expropriado o direito de perceber perdas e danos (CC, art. 518).

estudo apenas e tão-só tem por objetivo lançar algumas reflexões acerca da tredestinação como pressuposto para que o particular possa se insurgir em face das desapropriações em que o destino dado ao bem não corresponda ao inicialmente invocado para deflagrar o processo expropriatório (seja por meio da retrocessão seja por meio de ação fundada na violação do direito de perempção).

De usual, afirma-se que a insurgência em face da alteração do destino dado a determinado bem objeto de desapropriação depende de ter havido tredestinação — entendida esta como a atribuição de um destino ao bem completamente divorciado de qualquer finalidade pública. Em especial, qualquer reivindicação do bem seria manifestamente incabível nessas hipóteses.³¹ Só se admitiria insurgência do particular nos casos de desnaturação da finalidade invocada na expropriação se o bem fosse alienado a terceiro ou sua utilização fosse manifestamente viciada. Nos casos em que for dada uma finalidade pública ao bem não se admite qualquer insurgência.³² Mesmo nos casos em que destino algum tenha sido dado ao bem não se admite, majoritariamente, oposição por parte do expropriado.

É especialmente em relação a esses entendimentos restritivos em relação à possibilidade de insurgência do particular que se pretende uma análise mais consentânea com a inteligência do Texto Magno. Primeiramente, impõe-se meditar acerca dos casos em que o bem expropriado é destinado a outra atividade pública que não a originalmente prevista. Nesses casos há consenso no reconhecimento de que essa situação não pode ser objeto de questionamento do particular.³³ Parece que o entendimento perfilado pela linha majoritária abarca hipóteses diversas, sujeitas a regimes díspares.

Assim ao expropriado prejudicado cabe optar ou por perseguir a coisa ou por ser indenizado caso não lhe tenha sido ofertado o bem. Celso Antônio Bandeira de Mello encarece que se têm dois direitos distintos que não se superpõem, pois a retrocessão não é direito de natureza mista ou híbrida (*Curso ...*, cit., p. 830).

³¹ A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que, independentemente de configuração de desvio de finalidade no uso do imóvel desapropriado, havendo sua afetação ao interesse público, não cabe pleitear a retrocessão, mas a indenização, se for o caso, por perdas e danos, se configurado o desvirtuamento do decreto expropriatório. (1ª SE. AgRg nos EREsp 73.907/ES. Min. Castro Meira. *DJ*, 7 jun. 2004).

³² A obra clássica de F. Whitaker já em 1925 mencionava esse limite à retrocessão: "São requisitos para o exercício desse direito: que a coisa não tenha sido empregada no interesse público" (*Desapropriação*. Estado de São Paulo: 1925. p. 108).

³³ Sobre o tema consultem-se os seguintes julgados do STJ: REsp 570.483/MG, Min. Franciulli Netto, *DJ*, 30 jun. 2004; REsp 13.363/MG, Min. Eliana Calmon, *DJ*, 13 set. 1999; REsp 60.752/SP, Min. Garcia Vieira, *DJ*, 8 maio 1995.

Por óbvio, não ocorreria a ninguém pretender que as razões do Estado, uma vez declinadas, tornem-se imutáveis de modo a encilhar o interesse público a uma declaração prévia. Em diversas manifestações da Administração permite-se a incidência legítima de alterações em relação a objetivos previamente declarados.³⁴ Com a desapropriação não poderia ser diferente: é lícito admitir que a Administração dê destinação pública diversa da originalmente projetada a um determinado bem objeto da desapropriação. Todavia, dessa circunstância não deriva qualquer regra que autorize a Administração a implementar modificações irrestritas em relação às finalidades previamente declaradas, como se ela pudesse se descolar dos efeitos dos seus atos sem maiores constrangimentos.

As alterações devem observar certos requisitos para sua validade não havendo uma imunidade de ordem geral que permita à Administração mudar livremente a destinação dos bens expropriados, como se isso fosse um indiferente jurídico. Se assim de fato fosse, nem sequer seria necessário declinar qual o efetivo, real e concreto interesse público a ser implementado pela desapropriação, bastando invocar o sempre fluído interesse público para sacrificar a propriedade privada. Com efeito, a finalidade declarada é um dos mais importantes elementos para controlar o exercício das competências expropriatórias. O tema há de ser posto em melhor enquadramento.

A raiz da questão reside em analisar quais os pressupostos legítimos que porventura permitem à Administração modificar situações juridicamente já devidamente constituídas em vista a um juízo prévio de injunção. No direito brasileiro, o tema já foi enfrentado por Carlos Ari Sundfeld, ao pôr a claro que as alterações relativas às declarações da Administração só são legítimas em face da incidência de uma razão superveniente idônea para conduzir à reapreciação da questão. Na ausência da superveniência de fatos novos, a decisão anteriormente produzida — seja ela de que natureza for — deve ser respeitada pela Administração.³⁵

³⁴ Exceções à Teoria dos Motivos Determinantes, sistematizada pelo célebre jurista Gaston Jèze com base nas decisões dos tribunais administrativos franceses. Para o autor, todos os atos jurídicos possuem um "motivo determinante" (tanto em Direito Público como Privado). Não existem atos jurídicos alheios a uma razão de ser específica. (*Principios generales del Derecho Administrativo*, vol. III. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 226-231).

³⁵ Assim escreveu Sundfeld: "(...) a decisão tomada pela autoridade no exercício de competência discricionária e que se atenha a seus justos limites é recebida pela ordem jurídica como a solução que melhor atende concretamente à vontade da lei. Por isso é irretroatável, enquanto mantida a situação que a gerou" (*Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 174).

Voltando à questão em exame, parece então legítimo admitir o entendimento de que não há qualquer oposição a ser levada a efeito pelo particular caso se dê a legítima e fundamentada alteração da destinação pública do bem expropriado, nos casos em que um fato superveniente tenha conduzido a esse resultado. Em não havendo justificativa dessa ordem — devidamente formalizada e sujeita ao acompanhamento por parte do particular em relação de cunho processual —, não pode ser a alteração de finalidade tida como válida. Apenas havendo essa justificação é que se pode reconhecer a atuação da Administração como conforme ao direito de modo a manter o entendimento de que a alteração da finalidade pública não dê ensejo a qualquer reclamação.

Pensar que possa haver a livre modificação da destinação do bem sem qualquer constrangimento é manifestamente contrário aos valores que devem informar a desapropriação. Primeiramente, essa postura admite que o exercício da função administrativa se dê de modo caprichoso, sendo que as razões devidamente formalizadas para expropriar um bem sejam desconsideradas futuramente como se elas fossem juridicamente indiferentes. Segundo, e aí a questão torna-se mais grave, todo o direito, o devido processo legal exerceu-se tendo em vista a finalidade declarada originalmente. Modificá-la supervenientemente sem qualquer formalidade e impedir que o particular se insurja de modo direto em face desse ato é contrariar flagrantemente o devido processo legal inerente à desapropriação. O resultado prático de aceitar sem maiores conseqüências a alteração injustificada da finalidade de um bem expropriado é admitir a possibilidade de instituir burla ao devido processo legal.

Não se pode perder de vista que a propriedade só pode ser legitimamente sacrificada por razões públicas confirmadas em um processo que garanta a ampla defesa. Fora dessas condições não é legítimo o sacrifício da propriedade à luz da Constituição. O argumento utilitarista de que uma vez que ao bem se deu uma destinação pública (que não foi devidamente afirmada de modo válido) não há o que reclamar é, em essência, contrário aos cânones do devido processo legal. Disto resulta que nos casos em que a alteração de destinação se faz sem qualquer formalização idônea não pode ser prestigiada a ação da Administração como um meio idôneo de imposição do sacrifício do direito de propriedade.

Por fim, quanto aos bens que não recebem destinação alguma em prazo razoável a questão é ainda mais grave. Não há como a omissão na utilização do bem não ser entendida como desviada em face da nossa ordem constitucional.

A situação de inércia da Administração não pode receber chancela de qualquer ordem. Não utilizar o bem equivale a utilizá-lo indevidamente.³⁶ Aliás, além de essas hipóteses permitirem a insurgência do particular, seria de se cogitar de responsabilizar pessoalmente o administrador responsável. Não se pode tolerar que o erário suporte pagamentos referentes a desapropriações de bens que não serão utilizados para as finalidades declinadas.

6 Considerações finais

Conforme descrito ao longo deste ensaio, ele visa apenas a servir de provocação ao leitor. As várias ordens de questionamento não se pretendem nem um pouco exaustivas quanto ao tema da atualidade constitucional do Decreto-Lei nº 3.365/1941 e de sua imprescindível reconstrução hermenêutica. O foco primário está no fato de que, tal como se reconhece ao próprio texto constitucional ao longo do tempo, também a legislação ordinária está submetida a mudanças informais. Tais mutações decorrem não da alteração formal do texto legislativo, mas sim de uma releitura e de uma reconstrução dos dispositivos legais, a fim de permitir uma aplicação constitucionalmente legítima de diplomas pretéritos recepcionados pela Constituição de 1988.

Curitiba, agosto de 2007

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 593-618. ISBN 978-85-7700-186-6.

³⁶ Conforme adverte Odete Medauar: "Aceitar a não utilização do bem sem que haja conseqüência alguma, sem que se dê ao expropriado possibilidade alguma de agir frente ao Judiciário, é o mesmo que admitir a desapropriação sem necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, o que seria inconstitucional. Para nós, não utilizar o bem significa não dar-lhe o destino previsto na declaração. A inércia da Administração corresponde à desistência tácita de aproveitar o bem ou revela a desnecessidade da expropriação realizada. A orientação jurisprudencial que predomina atualmente propiciaria ocasião para desapropriar por razões pessoais, por motivos de vingança, com desvio de finalidade atribuído ao instituto" (*Destinação dos bens desapropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 125).