

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A DESAPROPRIAÇÃO NA AFETAÇÃO DOS INTERESSES  
PÚBLICOS E SOCIAIS**

Rafaela Schleifer Mente

Presidente Prudente/SP  
2006

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A DESAPROPRIAÇÃO NA AFETAÇÃO DOS INTERESSES  
PÚBLICOS E SOCIAIS**

Rafaela Schleifer Mente

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Moacir Alves Martins.

Presidente Prudente/SP  
2006

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Moacir Alves Martins.

## **A DESAPROPRIAÇÃO NA AFETAÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS E SOCIAIS**

---

Moacir Alves Martins

---

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes

---

Sérgio Tibiriçá Amaral

Presidente Prudente/SP, 01 de dezembro de 2006.

*Dedico a presente pesquisa ao meu pai,  
Antonio Mente, meu porto seguro e herói,  
aquele que sempre me incentivou a  
buscar conhecimento e, com muito amor,  
dedicou toda sua vida à minha educação.*

## AGRADECIMENTOS

A melhor parte deste trabalho são estes agradecimentos que, às vezes nos esquecemos de fazê-los às pessoas mais importantes de nossas vidas e que sempre os merecem!

Agradeço primeiramente a Deus, por ser o criador do extraordinário ser humano e por colocar sempre as pessoas certas na minha vida, com as quais aprendo uma nova lição a cada dia.

Ao meu pai Antonio Mente, pelo amor e sabedoria com que me guia, e a quem devo agradecer por estar comigo em todos os momentos; não tenho palavras para descrever o amor que sinto por você e o quão você é especial pra mim!

À minha mãe Ronilda, que muito amo e que sempre se preocupou com a minha educação e muito me incentivou neste trabalho.

Ao meu avô Natalício e à minha tia Beatriz, que sempre cuidaram de mim com muito amor.

Agradeço aos professores, em especial ao meu orientador Prof. Moacir, que me ajudou na construção deste trabalho com muito carinho, e ao coordenador do curso de Direito, Prof. Sérgio Tibiriçá, por realizar um ótimo trabalho com os alunos, pela sua dedicação e preocupação com a nossa formação profissional.

Agradeço às amigas, Fernanda, Marina e Mariana, sempre amigas inseparáveis em todos os momentos desta caminhada acadêmica.

Por fim, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram de alguma forma para a realização desta pesquisa.

## RESUMO

O presente trabalho analisa uma das formas mais severas de intervenção do Estado sobre a propriedade privada, que é a desapropriação. O método empregado é o de abordagem, dedutivo e o de procedimento monográfico. A pesquisa tem como objetivo considerar a colisão de interesses público e privado em relação à propriedade. Analisa-se sobre os bens suscetíveis de expropriação, verificando-se que não ocorre somente com os de propriedade privada. É dado especial destaque aos motivos e às modalidades de desapropriação; às conseqüências que surgem com o decreto expropriatório e aos impactos que a desapropriação causa na sociedade e, também, a sua reversão em prol da Administração Pública e da comunidade. Esta pesquisa busca focar a função social da propriedade como fundamento para as desapropriações, concluindo, por fim, que esse instituto acaba sempre se revertendo em favor da sociedade, quer seja por interesse social, quer seja por utilidade pública, ou mesmo nas hipóteses de desapropriação indireta, que, ainda que ocorra sem o devido processo legal, à propriedade expropriada é dada finalidade, cumprindo, dessa forma, a sua função social. Ao final, verificam-se as formas de retomar a propriedade da coisa expropriada, em razão de ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato declaratório e, também, pela desistência da desapropriação e, ainda, em decorrência do desvio de finalidade. Assim, diante do caso concreto, ocorrendo uma dessas causas, será possível ao particular reaver a propriedade mediante ação própria ou ação direta de inconstitucionalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desapropriação – Função social da propriedade - Interesse público e social.

## **ABSTRACT**

This project analyses one of the harshest ways of State intervention on the private property, the expropriation. The method used includes approach, deduction and monographic procedure. The search's purpose is to consider the collision of public and private interests on the property. It analyses the moveable properties liable to expropriation, verifying that it doesn't occur only with the private properties. It is given special relevance to the reasons and forms of expropriation; to the consequences that come up with the expropriatory order and to the impacts that expropriation causes in society and also its reversal in favor of the Public Administration and community. This project focus on the social function of property as a basis to expropriations, concluding that this institute always ends up reversing in favor of the society, no matters it is due to social interests or public utility, or even in the event of indirect expropriation that, even if it occurs without the due process of law, to the expropriated property is given purpose, carrying out the social function. By the end, it is verified the forms of how to recapture the property of the expropriated goods, on account of illegality or unconstitutionality of the declaring act and also of the desistence of expropriation and due to the diversion of purpose. So, in the face of the concrete issue, occurring one of these causes, it will be possible to recover the property through particular action or through the direct action of unconstitutionality.

**KEYWORDS:** Expropriation – Social function of property– Public and social interest.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1. DA PROPRIEDADE</b> .....	10
1.1 Aspectos Históricos; Origem e Evolução .....	10
1.2 A Propriedade Constitucional.....	13
1.3 A Função Social da Propriedade.....	17
1.3.1 Função social.....	17
1.3.2 Função social da propriedade urbana.....	21
1.3.3 Função social da propriedade rural.....	22
<b>2. DA DESAPROPRIAÇÃO</b> .....	24
2.1 A Desapropriação no Direito Constitucional Brasileiro.....	24
2.2 Desapropriação e Expropriação.....	25
2.3 Motivos da Desapropriação; Requisitos ou Pressupostos .....	26
2.4 Bens Passíveis de Desapropriação.....	29
2.4.1 Desapropriação de bens públicos.....	32
2.4.2 Os bens públicos segundo a sua destinação.....	33
2.5 Causas de Ilegalidade ou Inconstitucionalidade da Desapropriação.....	35
<b>3. MODALIDADES DE DESAPROPRIAÇÃO E SEU MOMENTO CONSUMATIVO</b> .....	37
3.1 A desapropriação na Propriedade Imobiliária Rural.....	37
3.2 A Desapropriação na Propriedade Imobiliárias Urbana.....	40
3.3 A Desapropriação Indireta.....	44
<b>4. TREDESTINAÇÃO OU DESVIO DE FINALIDADE</b> .....	48
<b>5. DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO</b> .....	50
<b>6. RETROCESSÃO</b> .....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	55
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	56

## INTRODUÇÃO

O presente assunto visou avaliar no que consiste a desapropriação, qual a sua finalidade e os pressupostos necessários para a sua decretação.

A escolha do tema deu-se com a observação da importância da propriedade privada, verificando que a ela circundam interesses sociais, políticos e econômicos.

Realizou-se, primeiramente, um breve relato sobre a evolução histórica da propriedade, com o objetivo de fixar que o direito de propriedade é de suma importância, desde o momento em que surgiu a idéia de propriedade sobre as coisas.

Foi abordada a proteção do direito de propriedade nas constituições e a sua vinculação com a função social, concluindo que essa função social é um princípio ordenador da propriedade privada e que o descumprimento desse princípio traz como conseqüência a desapropriação por interesse social.

Tendo em vista que no Brasil há uma problemática envolvendo as propriedades que não cumprem a função social, foi dado especial destaque a duas modalidades de desapropriação por interesse social: desapropriação imobiliária urbana, fundada na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Cidade, e a desapropriação imobiliária rural, regulada pela Carta Maior, pela Lei 4132/62 e pelo Estatuto da Terra, que dispõe sobre a desapropriação para fins de reforma agrária.

Outra modalidade de desapropriação, objeto desta pesquisa, por ser uma expropriação utilizada de forma corriqueira pelo administrador, foi a desapropriação indireta, muito criticada pela doutrina por ocorrer às avessas, sem a observância da lei e do devido processo legal.

Foi pesquisado, além da desapropriação por interesse social, os outros pressupostos para o decreto expropriatório, que são: utilidade pública e necessidade pública. Esses pressupostos diferem do interesse social, pois tratam diretamente de interesse da Administração Pública que, por necessidade de uma medida de urgência, ou por vantagem, ou mesmo por conveniência do Poder Público, procederá com o decreto expropriatório e promoverá a desapropriação.

A presente pesquisa tem como objetivo enfatizar que o interesse do poder público abrange o interesse social, pois a Administração Pública atua nos interesses da sociedade e, assim sendo, ante à inércia do Poder Público em dar destinação a um imóvel expropriado, poderá a sociedade (pelo proprietário ou terceiro) reclamar ou se apossar do bem imóvel, garantindo-lhe o cumprimento constitucional da função social da propriedade.

# 1. DA PROPRIEDADE

## 1.1 Aspectos Históricos do Direito de Propriedade – Origem e Evolução

Para realizar um estudo jurídico e compreender melhor a propriedade, faz-se necessária uma análise sobre sua origem e evolução.

Num esboço da evolução histórica da propriedade, constata-se que as condições econômicas, políticas, sociais e religiosas, de alguma forma, determinaram sua origem e desenvolvimento.

Nas sociedades primitivas, anteriores à época romana, existia somente a idéia de propriedade, de coisas móveis, exclusivamente como objeto de uso pessoal, pois o solo pertencia a todos daquela comunidade, família ou tribo.

Dessa forma, a propriedade coletiva primitiva traduz a primeira idéia de função social da propriedade, principalmente pela organização e condições do corpo social, pois o solo era utilizado pela família ou tribo, não se concebendo a sua utilização individual e exclusiva. O mesmo ocorria com a criação de animais; quando havia escassez dos recursos naturais de caça, pesca e agricultura, o grupo onde tal fato ocorria deslocava-se para outras terras.

Assim, a sociedade primitiva não tinha noção da utilização privada do imóvel, pois não estava ligada à terra, em razão dessa possibilidade de movimentação.

Depreende-se que, no percurso histórico, a permanente utilização da mesma terra pelo mesmo povo, pela mesma tribo, pela mesma família, passou a vincular o homem à terra da qual se utiliza e na qual habita; surgindo, dessa forma, a primeira concepção de propriedade coletiva e, posteriormente, individual.

“Houve povos que nunca instituíram a propriedade individual. Outros a conceberam mais tarde após grandes lutas e sacrifícios.” (Coulanges *apud* VENOSA, 2005, p.174).

Contudo, o conhecimento histórico do instituto da propriedade se dá a partir do Período Clássico, nas raízes do Direito Romano. Nessa época, prevalecia uma perspectiva individualista sobre a propriedade, que data da Lei das XII Tábuas.

No princípio, a propriedade era da cidade ou da *gens*, onde o indivíduo recebia uma porção de terra para cultivar e, após a colheita, ela voltava a ser coletiva. Com a reiteração da prática de conceder essas terras para as mesmas pessoas, o *pater familias* (patriarca) instalava-se numa porção de terra, construía sua própria moradia e passava a viver ali com sua família e escravos. Nesse sentido, radica-se no espírito romano a propriedade individual e perpétua.

A lei das XII Tábuas projeta a noção jurídica do *ius utendi, fruendi et abutendi*. Nos primeiros séculos considerava-se o domínio sobre a terra de forma absoluta, admitindo-se somente o *dominum ex jure quiritium*, isto é: somente o cidadão romano poderia adquirir a propriedade; somente o solo romano poderia ser seu objeto, uma vez que a dominação nacionalizava a terra conquistada.

Assim, inicialmente, a aquisição da propriedade era um direito exclusivo dos *quirites* (sabinos que se fundiram com os romanos; romanos de estirpe antiga). Essa aquisição traduzia-se pela *mancipatio*, tendo como pressuposto adquirir a terra, a qualidade de cidadão romano e, como objeto, o solo romano.

Posteriormente, o direito de adquirir a propriedade estendeu-se ao *ius commercii*, aos estrangeiros e, como consequência ao surgimento de novos usos e costumes, os jurisconsultos criaram a técnica da *traditio, in iure cessio*.

No século VI, quando Justiniano promoveu a codificação, a propriedade retratada pelo *Corpus Iuris Civilis*, era aquela resultante de lenta evolução que dentro do direito romano cobria mais de um milênio. (PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2004, p.82).

Durante a Idade Média, a propriedade começou a perder o caráter exclusivo e unitário. Essa mudança de conceitos e valores se deu com as invasões bárbaras, que geraram instabilidade, insegurança e receio, sugerindo a idéia de transferência da terra aos poderosos, com juramento de submissão e vassalagem, em troca de

proteção à sua fruição (*beneficium*) e, assim, difundia-se o conceito de poder político ligado à propriedade imobiliária. O nobre, dentro de seu domínio, era um soberano, distribuía a justiça, cobrava tributos, declarava guerra e fazia a paz. Cedia o uso da terra ao servo que à ela se vinculasse e dela não poderia se afastar. A existência do feudalismo traduzia a mesma idéia de território como sinônimo de poder.

A partir do século XVIII, a escola natural passou a reclamar leis que definissem a propriedade. A Revolução Francesa recepcionou a idéia romana, abolindo privilégios, cancelando direitos perpétuos, como forma de democratizar a propriedade.

Desprezando a coisa móvel, concentrou sua atenção na propriedade imobiliária, dando ensejo à criação do *Code Napoléon* - Código de Napoleão -, também conhecido por “Código da Propriedade”, serviu de modelo ao movimento codificador do século XIX, conferindo uma conotação extremamente individualista à propriedade. Essas idéias repercutiram em todos os ordenamentos que adotaram o modelo do Código Civil Francês.

Atualmente, com as constantes mudanças nos regimes políticos e jurídicos, define-se a tipicidade dominial conforme a influência do regime político. Assim, no capitalismo, existe a propriedade individual como padrão e, em contrapartida, nos regimes socialistas e nas Repúblicas populares, a propriedade é na forma coletiva, principalmente no tocante aos bens de produção.

Contudo, nenhuma dessas modalidades da propriedade é pura: nem a coletiva nem a individual.

A extinta URSS baseou-se numa noção de propriedade de acordo com o regime vigente, em que se distinguiam dois setores:

- a) o da economia privada, admitindo-se a propriedade exclusiva sobre bens de consumo pessoal e a propriedade usufrutuária de bens de utilização direta;
- b) o da economia pública, em que socializavam-se os bens de produção (minas, águas, meios de transporte) e coletivizavam-se em regime de concessão usufrutuária gratuita as indústrias e granjas cultivadas.

Atualmente, ainda subsiste o caráter individual da propriedade, entretanto sem o mesmo conteúdo de suas origens históricas, haja vista que o seu caráter

absoluto vem sofrendo restrições com o objetivo de coibir abusos e evitar que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação e, ainda, com a finalidade de que ela seja utilizada para o bem comum.

Há discussão doutrinária com relação à publicização do direito de propriedade ou esta como uma instituição. Savatier (*apud* Pereira, 2003, p.85) indica a publicização do direito de propriedade, defendendo que a ação individual cede às exigências de ordem pública. No entanto, outros doutrinadores sustentam que a propriedade é uma instituição (e não um direito), que sofre certas limitações e deveria cumprir a sua função social.

O direito positivo brasileiro adotou a posição institucionalista. A Constituição Federal de 1946, no seu artigo 147, subordinou o uso da propriedade ao bem-estar social; a mesma disposição foi mantida na Reforma Constitucional de 1967, com redação no artigo 157; na Constituição de 1969, no artigo 160; e na nossa atual Constituição, conforme consta do artigo 5º, inciso XXIII e dos artigos 182, §2º e artigo 186, da mesma Carta.

## **1.2 A Propriedade Constitucional**

Desde a Constituição Imperial, que data de 1824, outorgada pelo Príncipe Regente, havia a garantia do direito de propriedade, trazida pelo artigo 179 e, como exceção, definia os casos de exclusão da propriedade de forma plena, que hoje corresponderia à chamada “desapropriação de utilidade ou necessidade pública”.

Essa Constituição garantia a propriedade como direito, de modo que a mesma deveria ser regulada pela norma infraconstitucional. Ocorre que, para a criação do Código Civil, seria necessário quase um século para sua efetivação e para regulamentar as relações jurídicas. Uma lei de 20.10.1823 determinava a vigência dos diplomas legais portugueses que tivessem sido promulgados até 25-04-1821 e, essa lei, teria vigência até a organização de novos códigos. Assim, mesmo

após a independência do país e a proclamação da República, ainda que por via reflexa, aplicou-se o direito português no Brasil.

Nessa fase, a propriedade era vista sob o prisma do absolutismo monárquico.

Na era Republicana, a Constituição de 1891 não alterou o panorama anterior e também colocou a propriedade como garantia constitucional no art. 172. Sob o regime dessa Constituição, com influência dos direitos de primeira geração, vinha à tona o liberalismo, que visava proteger o cidadão do abuso do Estado, e, após a Proclamação da República, foi promulgado o Código Civil de 1916.

Posteriormente, a Constituição de 1934, promulgada no período getulista, além de garantir o direito à propriedade como as outras Constituições, foi a primeira vez que ela passou a ser vinculada ao bem-estar social. (art. 113). Dessa forma, era atribuída à propriedade uma nova dimensão, à maneira em que direcionava seu interesse social ou coletivo para a comunidade.

A Constituição de 1937, outorgada no Estado Novo, foi a segunda Constituição do Governo de Getúlio Vargas e omitiu qualquer expressão relacionada à função social da propriedade, conforme se observa no art. 122.

Contudo, a Constituição Federal de 1946 retomou a vinculação da propriedade ao atendimento do interesse coletivo (art. 141), Dentro da parte da Ordem Econômica e Social, o art. 147 determinava que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”.

Tanto a Constituição de 1967 como a sua Emenda nº 1, trouxe a garantia de propriedade vinculada à função social.

Na Nova República, A Constituição Federal de 1988, com a influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 17 e, com o advento dos direitos de segunda geração, foi se rompendo o caráter absoluto da propriedade.

O artigo 170, II, da Carta Maior, também dispõe sobre o direito de propriedade como princípio da ordem econômica. O legislador tinha uma visão econômica capitalista, sendo regra a propriedade privada e a livre iniciativa.

No entanto, com o advento da terceira geração de direitos, ou sejam: os direitos sociais, passou-se a firmar, ainda mais, o direito de propriedade vinculado

ao cumprimento de sua função social. Assim fez o constituinte no art. 5º, inciso XXIII, dentro do capítulo das garantias individuais da Constituição Federal.

Dessa forma, a idéia de propriedade absoluta, que visava o uso e gozo da propriedade para satisfazer tão somente o seu titular, foi superada, devendo ela cumprir sua função social a fim de receber o amparo constitucional.

Com essa evolução, houve uma superação da idéia de propriedade como direito natural trazida pelo Código Civil de 1916, no artigo 524.

José Afonso da Silva (2002, p.271) faz severa crítica ao caráter individualista do Código Civil de 1916, dizendo que os civilistas encaram a função social da propriedade como fator determinante das limitações que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico, conforme se verifica abaixo:

Os Civilistas confundem o princípio da função social com as limitações de polícia, como consistente apenas no conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social, isto é, mero conjunto de condições limitativas.

É de se notar que a vontade do constituinte era inserir na estrutura da concepção e conceito de propriedade, um elemento de transformação positiva ao serviço do desenvolvimento social.

Luciano de Souza Godoy (1999, p. 60.), dessa forma dispôs: “O direito de propriedade somente pode ser concebido e garantido pela ordem constitucional, se utilizado com vistas no cumprimento da função social que lhe é inerente.”

É nesse sentido social, com base na Constituição que os direitos inerentes à propriedade devem ser observados.

Conforme ensinamento de Gustavo Tepedino (1989, p. 77) sobre a atual posição jurídica do proprietário, tem-se que:

A tutela constitucional, evidentemente, assim como os deveres impostos ao proprietário para que sejam alcançados os objetivos da República, variarão, caso a caso, dependendo da destinação econômica do bem. Um bem de consumo, embora também deva cumprir sua função social, uma vez apropriado, resulta muitas vezes irrelevante e por isso poderá estar à margem do programa de intervenção estatal, o que não se poderá dizer de qualquer bem de capital. Dependendo, pois, da destinação do bem e das

relações sociais e jurídicas em que se insere, será especificada sua função social e, portanto, o conteúdo do direito de propriedade sobre ele incidente. A operação hermenêutica, de qualquer forma, está vinculada aos postulados constitucionais e aos objetivos da República.

Nesse sentido, ainda acrescenta o mesmo autor (TEPEDINO, 1989, p. 74):

A propriedade passa a ter uma função central de redistribuição de rendas. A titularidade da situação proprietária passa a implicar, para o seu titular, no concomitante respeito a crescentes situações não proprietárias. A destinação do bem apropriado ora é determinada por lei, ora é controlada e restringida, ora é proibida, caracterizando-se o direito de propriedade menos pelo seu conteúdo estrutural acima descrito e mais pela destinação do bem sobre o qual incide ou, ainda, por sua potencialidade econômica. O controle, fortemente delineado sobre a propriedade de bens imóveis intensifica-se na propriedade mobiliária, na medida em que o tráfego mercantil identifica nos bens móveis em particular nas ações, nas sociedades comerciais, o verdadeiro elemento de mobilização e controle de riquezas.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1229, §1º, atende os preceitos constitucionais relativos à propriedade, determinando o cumprimento da função social e econômica dos bens, dando ênfase à função social, à qual deve atender a propriedade. Assim, hoje, o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição que assegura o direito de propriedade, desde que essa atenda sua função social.

Os incisos XXII e XXIII, da atual Carta Magna, dispõem respectivamente que: “...é garantido o direito de propriedade” e “...a propriedade atenderá sua função social”. A interpretação que se dá a esses dispositivos é que a Constituição só garante o direito de propriedade àquele que cumprir sua função social. Dessa interpretação, surge como consequência a autorização da desapropriação de propriedade que não atenda a sua função social (art. 182 §4º e art. 184, da CF), com pagamento mediante título e outras normas que intervêm no instituto da propriedade através de provisões especiais.

Todas essas normas constitucionais sobre a propriedade mostram que ela não pode mais ser considerada como um direito individual e tampouco como instituição de direito privado.

### 1.3 A Função Social da Propriedade

#### 1.3.1 Função social

Como a Constituição Federal de 1988 consagra em diversos dispositivos o princípio da função social, cabe verificar o conteúdo dessa expressão.

O termo “função”, etimologicamente, vem do latim *functio*, de fungi (exercer, desempenhar); significa o dever ou direito de agir, atribuído por lei a uma pessoa a fim de que se cumpra uma finalidade.

Algumas funções são exercidas no interesse de um particular e outras são realizadas com o objetivo de resguardar e atingir os interesses da coletividade.

Segundo alguns doutrinadores, a exemplo de André Ramos Tavares e Ruy Rebello Pinho, foi o publicista francês León Duguit quem primeiro considerou a propriedade como função, abandonando a concepção de que se tratava de um direito subjetivo.

Foi o Direito Positivo Alemão, na Constituição Federal da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar) que trouxe a primeira noção de que o uso da propriedade privada deveria atender interesses da coletividade. O artigo 153 desse diploma dispunha: “A propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum”. Ainda, dispõe o artigo 5º da Constituição: “A propriedade atenderá a sua função social.”.

A mesma Carta reafirmou a instituição da propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica, no artigo 170, incisos II e III, relativizando o seu significado.

O princípio da função social tem seu conteúdo relacionado à propriedade urbana e rural, sendo aplicadas sanções para o caso de tal princípio não ser observado (artigos 182, 184 e 186, da Constituição Federal de 1988).

A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, pois os sistemas de limitação dizem respeito ao exercício

do direito do proprietário e, a função social, por sua vez, visa a estrutura do próprio direito de propriedade.

A propriedade sempre teve uma função social, pois segundo Karl Renner (*apud* SILVA, 2002, p.281), a propriedade modifica-se com as alterações na relação de produção. De acordo com essas modificações nas relações de produção, houve transformações na estrutura interna do conceito de propriedade, mudando não só a sua concepção, como também introduziu a função social como princípio da ordem econômica com o intuito de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170, incisos II e III).

O constituinte não estava apenas pré ordenando fundamentos às limitações, às obrigações e aos ônus relacionados à propriedade privada, pois esses elementos são externos ao direito de propriedade, haja vista que eles estão vinculados à atividade do proprietário e se explicam pela simples atuação do poder de polícia.

Nas palavras do doutrinador André Ramos Tavares (2003, p.477): “Esta imposição do cumprimento da função social da propriedade introduziu uma nota na propriedade que não pode coincidir com o interesse de seu proprietário, ela existe em razão da própria ordem jurídica e deve ser obedecida.”

Segundo José Afonso da Silva (2002, p.281), as normas pertinentes ao princípio da função social da propriedade têm aplicabilidade imediata, como ocorre com os demais princípios constitucionais.

Assim, reforça-se a tese de que a norma que contém o princípio da função social da propriedade tem plena eficácia porque interfere no conceito e na estrutura da propriedade. É como uma regra que fundamenta um novo regime jurídico da propriedade, transformando-a em uma instituição de Direito Público.

Rogério Orrutea (1969, p. 245) diz que o proprietário, em razão do princípio da função social, deve observar, desde o papel produtivo inerente à propriedade até o cumprimento da legislação social e trabalhista pertinentes aos contratos de trabalho. Nessa ótica devem estar presentes todas as condições que decorrem de um interesse social.

Ocorre que, no contexto de função social, há variações, de acordo com o tipo de Estado.

Nos Estados socialistas, a função é amplamente aceita, pois a propriedade existe para assegurar o desenvolvimento do Estado e atender os interesses da coletividade.

No entanto, essa idéia exclusiva de funcionalismo só é adotada pela teoria socialista, pois não se pode ignorar o caráter subjetivo da propriedade, mas também não se deve excluir sua função social. Assim, o princípio da função social transforma a propriedade capitalista sem socializá-la.

Dessa forma, a função social funciona como uma diretriz da esfera interna do direito de propriedade, que não pode coincidir com o direito do proprietário e que também é estranho a ele.

A função social da propriedade, nada mais é que um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo. (COLLADO, Pedro Escribano *apud* SILVA, Silva, 2002, p. 282).

A propriedade, tanto na Constituição Federal, como na Declaração de Direitos é assegurada como um direito individual. Se a propriedade fosse apenas uma função e não um direito, não haveria que se falar em indenização nas desapropriações.

A propriedade privada é um elemento essencial ao desenvolvimento do modelos capitalista de produção e o direito à propriedade é indispensável em um Estado democrático.

Por esse motivo é que foi preservado o direito de propriedade e alterou-se o seu conteúdo destacando-lhe a concepção que se traduz na idéia de que a propriedade atenderá à sua função social.

Como a função social manifesta-se na própria estrutura do direito de propriedade e é também um elemento qualificante que predetermina os modos de aquisição, de uso e de gozo, faz se necessária a análise de cada regime jurídico da propriedade para se verificar o cumprimento de sua função social.

Assim, distingue-se a propriedade imóvel urbana da rural, a fim de fixar suas funções sociais que são distintas pois cada uma delas submete-se a um regime jurídico próprio.

Existe uma grande diferença de conceitos de espaço urbano e rural e, conseqüentemente, de imóvel urbano e rural.

A zona urbana é definida em lei municipal, conforme dispõe o artigo 32 p 1, do Código Tributário Nacional e deve observar, no mínimo, dois dos requisitos abaixo elencados:

- I- meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
- II- abastecimento de água;
- III- sistema de esgotos sanitários;
- IV- rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
- V- escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3( três) quilômetros do imóvel considerado.

Esse rol, no entanto, não é exaustivo, podendo o Município exigir outros elementos além de dois desses enumerados pelo Código Tributário.

Assim, o critério utilizado para determinar a propriedade urbana tem como elemento discriminador a existência, ou não, de equipamentos que ofereçam condições de habitação, de trabalho, de lazer, de segurança ou de circulação.

Assim, os locais que careçam desses equipamentos caracterizam-se como rurais.

Contudo, há controvérsias a respeito da noção de imóvel urbano ou rural. Alguns doutrinadores defendem que a noção correlaciona-se com a localização do imóvel (em zona urbana ou rural), e, outros, afirmam que se deve averiguar a destinação assumida pelo imóvel.

### 1.3.2 Função social da propriedade urbana

O constituinte de 1988 preocupou-se com a racionalização do uso do solo urbano e assim o fez quando a impôs no contexto da função social da propriedade urbana.

Essas exigências são trazidas nos artigos 182 e 183 da atual Carta Magna, na Lei de Diretrizes Gerais de Política Urbana - chamada "Estatuto da Cidade", e no Plano Diretor Municipal. Diz o artigo 182, parágrafo 2º da Constituição Federal que: "A propriedade cumpre sua função social ao atender as exigências trazidas no Plano Diretor."

A Constituição Federal, no artigo 182, § 4º, prescreve:

Art. 182.....  
§ 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:  
I- parcelamento ou edificação compulsórios;  
II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressiva no tempo;  
III- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O parcelamento do solo urbano implica em sua divisão física consoante o interesse municipal e, segundo Rogério Orrutea provoca maior intervenção na propriedade quando comparado com o imposto progressivo.

A edificação compulsória é a imposição de construção forçada de edifício em sua propriedade e às custas do proprietário.

O imposto progressivo importa na possibilidade do Município, por meio de lei, estabelecer alíquotas diferenciadas no tempo, com sua majoração sucessiva, até certo limite para que não implique em confisco da propriedade.

A desapropriação é feita mediante indenização, paga ao proprietário pelo poder público, por meio de títulos da dívida pública, com prazo máximo de resgate

de até 10 anos, em parcelas, anuais, iguais e sucessivas. E, ainda, a emissão desses títulos exige prévia aprovação do Senado Federal.

### **1.3.3 Função social da propriedade rural**

A propriedade rural cumpre sua função social quando simultaneamente tiver aproveitamento e utilização adequada dos recursos naturais, preservando o meio-ambiente, observando as regulamentações trabalhistas e tiver exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

O artigo 184 da Constituição Federal dispõe que a União poderá desapropriar, por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não cumprir sua função social.

No artigo 186, do mesmo diploma legal, são trazidas as condições objetivas pelas quais se afere o cumprimento da função social. Os requisitos são:

- a) aproveitamento racional e adequado;
- b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.
- c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A lei infraconstitucional deverá estabelecer critérios e graus de exigência no cumprimento dessas condições.

A função social da propriedade rural é constituída por um elemento econômico (aproveitamento racional e adequado), um elemento ambiental (utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio-ambiente) e um elemento social (observância das normas que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores).

Sob o título “Função social da propriedade rural”, observa o doutrinador José Afonso da Silva (2002, p.795):

Função social da propriedade rural. O regime jurídico da terra fundamenta-se na doutrina da função social da propriedade, pela qual toda riqueza produtiva tem uma finalidade social e econômica, e quem a detém deve fazê-la frutificar, em benefício próprio e da comunidade em que vive'. Essa doutrina, como observa Sodero, trouxe um novo conceito de direito de propriedade rural que informa que ela é um bem de produção e não simplesmente um bem patrimonial; por isso, quem detém a posse ou a propriedade de um imóvel rural tem a obrigação de fazê-lo produzir, de acordo com o tipo de terra, com a sua localização e com os meios e condições propiciados pelo poder público, que também tem responsabilidade no cumprimento da função social da propriedade agrícola.

Assim, o cultivo eficiente e correto passa a ser uma obrigação do proprietário e o titular do direito de propriedade somente conservará integralmente esse direito se o imóvel for produtivo.

Há, também, a atuação do imposto territorial rural, como instrumento de efetivação da função social da propriedade rural, como ocorre com o IPTU progressivo na propriedade urbana.

## 2. DA DESAPROPRIAÇÃO

### 2.1 A Desapropriação no Direito Constitucional Brasileiro

Como já visto, esse instituto existe no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição do Império, e foi adotado nas Constituições posteriores até à atual Carta Magna.

A Constituição de 1988 estabelece no artigo 5º, inciso XXIV o seguinte:

Art. 5. 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 seguintes termos:

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Essa ressalva, trazida pela Constituição, também é prevista no artigo 182, §4, inciso II e no artigo 184, *caput*, que nada mais são que dispositivos para que a indenização por desapropriação se faça por meio de títulos da dívida pública ou títulos da dívida agrária, segundo as determinações legais.

Há também, na norma constitucional, conforme o artigo 243, a possibilidade de desapropriação sem pagamento de qualquer indenização ao proprietário. Nessa hipótese, embora se refira à “expropriação”, é deveras um caso de confisco e não propriamente de desapropriação.

Como se verá adiante, com exceção desses casos, a desapropriação deverá ser realizada através de justa indenização, que será prévia e em dinheiro.

## 2.2 Desapropriação e Expropriação

Desapropriação é palavra de origem latina *propriu*. Desapropriar significa privar alguém de sua propriedade, tirar ou fazer perder a propriedade.

Como princípio informador do Direito Administrativo, a idéia fundamental é a prevalência do interesse público sobre o interesse privado. No entanto, isso não significa que o interesse público apaga os direitos, pois tal interesse está submetido ao ordenamento jurídico. A idéia é de que o interesse individual termina onde começa o da sociedade. Se não houvesse o sacrifício do interesse privado em favor do interesse público declarado não seria possível a comunhão social.

Assim, o Estado pode desapropriar, mas para tanto deve estar amparado pela norma constitucional, pela lei que a regula, pelo devido processo que a disciplina, evitando que a posse pretendida ou a imissão na posse seja feita de forma discricionária.

Notadamente, em face de certas necessidades da utilidade pública ou do interesse social, considerando os direitos na ordem jurídica, o Estado intervém na propriedade privada, com o fito de trazer ao seu patrimônio os bens que estavam sob o poder de particulares.

Alguns juristas, a exemplo Luiz Alberto David Araújo (2002, p. 131) distinguem desapropriação de expropriação:

A desapropriação é a transferência unilateral e compulsória de uma propriedade particular para o Poder Público, que assim pode agir, quer a pretexto de utilidade pública, quer por interesse social. Em regra, a indenização é em dinheiro, conforme determina o artigo 5, inciso XXIV. Contudo, pode haver desapropriação com pagamento da dívida pública (desapropriação-sanção, pelo Município, nas hipóteses do artigo 182, §4, III) ou títulos da dívida agrária (desapropriação-sanção, pela União Federal, para fins de reforma agrária, não abrangendo a pequena, a média ou a propriedade produtiva, conforme dispõe o artigo 184 c/c artigo 185 e incisos). E a expropriação seria a retirada do bem do particular sem qualquer indenização, conforme o texto constitucional que também faz distinção entre desapropriar (retirar pagando) e expropriar (retirar sem pagar).

No exemplo citado por Luiz Alberto David Araújo (2002, p. 131), ocorre a desapropriação quando a gleba é utilizada para plantio e cultura de plantas psicotrópicas ilegais, nos termos do artigo 243 da Constituição Federal.

Já outros doutrinadores, dizem que, na verdade, desapropriação e expropriação são palavras sinônimas. Nesse sentido manifestam-se José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 132), Pontes de Miranda (*apud* MADEIRA, 2005, p.2) e De Plácido e Silva (1967 p.506).

### **2.3 Motivos da Desapropriação; Requisitos ou Pressupostos**

O legislador constitucional tripartiu os motivos ensejadores da desapropriação. São, portanto, requisitos para a desapropriação: necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

A necessidade pública decorre de situações de emergência. Surge quando a Administração encontra-se diante de um problema que não pode ser removido nem procrastinado e que, para ser solucionado, é indispensável o bem particular incorporar o domínio do Estado. Assim, nos casos de desapropriação por necessidade pública há o interesse imediato do poder público e, somente num segundo plano, é que será atendido o interesse da sociedade.

Já a utilidade pública existe quando há vantagem e conveniência na utilização da propriedade privada para a coletividade, dessa forma, a finalidade da desapropriação está em atender um interesse da coletividade. No entanto, é um dever renunciável.

Quanto ao interesse social, o mesmo haverá quando a expropriação destinar-se à solução dos chamados “problemas sociais”, com a finalidade de melhorar as condições de vida, distribuir eqüitativamente as riquezas e diminuir as desigualdades sociais.

Alguns autores entendem que os requisitos para a desapropriação compreendem um só: o da utilidade pública. Outros autores preferem distinguir os requisitos a fim de delinear melhor os casos em que há possibilidade de desapropriação.

Verificando esses requisitos, principalmente através da análise do Decreto 3.365/41 que aboliu a distinção entre necessidade pública e utilidade pública, conclui-se que o conceito de necessidade pública é abrangido pelo de utilidade pública, pois o referido decreto catalogou como de utilidade pública todos os casos que, nas leis extravagantes e no Código Civil, eram contemplados como de necessidade pública. E, ainda, infere-se que, se há utilidade pública como causa suficiente para autorizar uma desapropriação, mais motivos há para desapropriar no caso de necessidade pública, ante a urgência.

Outra divergência que surge é se o rol legal, nos casos de desapropriação por utilidade ou necessidade pública, ou por interesse social é taxativo ou exemplificativo.

J. Oliveira e Cruz (*apud* SALLES, 2000, p.95): entende ser taxativa a discriminação legal. Corroborou com essa idéia a palavra do ministro Aníbal Freire (*apud* SALLES, 2000, p. 96), aduzindo que deve ser taxativo o rol a fim de “conter o ímpeto dos administradores ávidos de encenação” bem como “fixar aspectos que o progresso e a civilização apresentam.”

Eurico Sodré (*apud* Salles, 2000, p.96) discorda desse posicionamento, afirmando que o rol é exemplificativo, pois a expressão trazida no art. 5º do Decreto 3.365 é “vaga e genérica” e reforça ainda que “está nas mesmas condições das leis a que se refere o Decreto Lei 1283/39, art. 2º ”. Aduz que as leis gerais trazem os casos de desapropriação de forma ilustrativa e não peremptória.

No entanto, considera que só, por meio de lei, podem ser discriminados novos casos de utilidade pública para fins de desapropriação.

Hely Lopes Meirelles (2000, p.97) diz que o rol é taxativo e divide-se em dois grupos: um, com fundamento na necessidade ou na utilidade pública, e outro fundado no interesse social. Porém, todos os casos deverão ser definidos em lei federal e não comportam ampliação por norma municipal ou estadual.

Pontes de Miranda (*apud* SALLES, 2000, p. 96) afirma peremptoriamente que:

A desapropriação exige sacrifício da propriedade privada. Por isso mesmo, o desapropriante tem de afirmar e provar os pressupostos do seu direito a desapropriar, *in casu*. Se a lei ordinária, no enumerar os casos que se reputam de necessidade pública, ou de utilidade pública, ou de interesse social, foi demasiado limitativa, de jeito que haja casos de necessidade pública, ou de utilidade pública, ou de interesse social, que não cabem na enumeração legal, é de se discutir-se se pode a entidade desapropriante alegar a inconstitucionalidade da lei, ou se tem de se ater a essa enumeração deficiente. A primeira solução impõe-se: o contrário seria cercear-se, contra os conceitos constitucionais, o direito de desapropriar. Dir-se-á que, assim, é supérflua a enumeração, uma vez que se atribui à justiça explorar, diretamente, o conteúdo dos conceitos constitucionais (necessidade pública, utilidade pública, interesse social). De certo modo, sim; mas a taxatividade não é o princípio geral, nos sistemas jurídicos, quando enumeram, ainda que não estejam a tentar revelar o conteúdo de conceitos ou proposições constitucionais: há as regras jurídicas exemplificativas, ainda quando não tenham, explícito esse caráter de exemplificatividade. Também os que sofrem desapropriação podem alegar a inconstitucionalidade das regras jurídicas que enumeram espécies e casos de necessidade pública, de utilidade pública ou de interesse social, como a entidade que pretende desapropriar pode alegar que a legislatura lhe cerceou o direito de desapropriação, excluindo-o em algumas espécies ou casos.

José Carlos de Moraes Salles (2000, p.98) entende que o rol legal dos casos de desapropriação é exemplificativo, argumentando que, se esse rol fosse taxativo, seria impossível expropriar quando não houvesse previsão legal para o caso concreto, ainda que houvesse manifesta necessidade ou utilidade pública. Tal vedação, com fundamento na falta de previsão legal, seria inconstitucional.

Dessa forma, ainda que não haja previsão legal, ocorrendo necessidade ou utilidade pública, o poder público poderá promover a desapropriação para atender àquela finalidade, pois os requisitos previstos na Constituição são exemplificativos.

Entretanto, o doutrinador defende que a discriminação legal é útil, pois evita discussões judiciais, por meio de ação direta, para verificar a ocorrência, ou não, de caso de desapropriação e impede, de certa forma, abusos por parte da administração pública, quando alega, por exemplo, a ocorrência de utilidade pública, quando deveras não há.

Assim, é de se concluir que, se o Poder Público, desejando desapropriar, alega caso de necessidade, de utilidade pública ou de interesse social não previsto

expressamente em lei, poderá desapropriar, pois o rol legal é meramente exemplificativo. E, caso o expropriado entenda que há abuso da administração pública, por não estarem presentes os requisitos da desapropriação, pode reclamar por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Por fim, deve-se ressaltar que a Carta Magna não determinou que os casos de desapropriação fossem discriminados em lei. Assim, presente um requisito e, ainda que não haja previsão legal para determinado caso, será possível a expropriação, pois a previsão constitucional é suficiente para tal.

## **2.4 Bens Passíveis de Desapropriação**

A atual Carta Constitucional menciona que a propriedade é suscetível de desapropriação.

A interpretação que se deve fazer quando se trata de propriedade, é idealizá-la num sentido amplo e não restringi-la somente aos bens de natureza imobiliária.

O artigo 2º do Decreto-Lei 3.365/41 diz que, mediante declaração de utilidade pública, “todos os bens” poderão ser desapropriados.

A princípio tem-se a idéia de que todo e qualquer bem poderá ser objeto de desapropriação, entretanto, juridicamente a palavra “bem” abrange, por exemplo, os bens móveis, imóveis, semoventes, direitos autorais, os privilégios de invenção, as ações de sociedades anônimas, os arquivos e documentos de valor histórico e artístico, sendo proibido expropriar, por exemplo, direitos personalíssimos, moeda corrente, em razão da sua própria natureza, e, bens móveis que possam ser adquiridos no comércio. Dessa forma, percebe-se que é de interesse jurídico as coisas e bens suscetíveis de apropriação pelo homem e que possa ter valor econômico auferido.

Assim, sempre que houver causa determinante para a desapropriação (necessidade pública, utilidade pública, interesse social), os bens nos quais recai a propriedade poderão ser expropriados pelo poder público.

O artigo 20, incisos IX e X, da Constituição Federal determina que, quando se tratar de propriedade imobiliária, a desapropriação recai, não só sobre o solo, mas também no subsolo e no espaço aéreo.

Entretanto, o parágrafo 1º do artigo 2º do Decreto Lei 3.365/41 determina que, quando houver desapropriação somente do subsolo ou do espaço aéreo, a indenização só será imposta caso o proprietário do solo tenha sofrido prejuízo. Kiyoshi Harada (2005, p. 66) leciona essa matéria dando o seguinte exemplo: “se há escavação de um túnel para a passagem de metrô, não implica em desapropriação se não acarretar prejuízo ao uso regular da propriedade.”

Com relação aos bens móveis, muito se discutiu sobre a possibilidade de expropriá-los, pois, por serem encontrados em abundância no mercado, a desapropriação desses importaria em injustificável restrição à propriedade privada.

Atualmente, é perfeitamente possível que a desapropriação recaia sobre bens móveis, pois haverá ocasiões em que o Poder Público encarará situações em que bens móveis lhe serão de grande necessidade ou utilidade e não serão encontrados com facilidade para aquisição no comércio.

Mais adiante será também discutido acerca da possibilidade da desapropriação de bens públicos. Mas, antes, faz-se necessário estabelecer quem tem competência para promover a desapropriação.

A competência para legislar sobre desapropriação é privativa da União, conforme preceitua o artigo 22, II, da Constituição Federal. Dessa forma, só a União poderá criar regras jurídicas sobre esse instituto. No entanto, essa competência pode ser delegada, por meio de lei complementar, aos Estados e Distrito Federal conforme preceitua o parágrafo único do artigo 22, da CF.

A competência para declarar o ato expropriatório é do Chefe do Poder Executivo, de acordo com o âmbito em que se torne necessária ou útil a desapropriação e, também, pode o Poder Legislativo tomar a iniciativa da desapropriação.

Determina o artigo 2º do Decreto- Lei n 3.365/41 que figura como sujeito ativo da desapropriação a Administração Pública, representada por quaisquer dos entes federativos, quais sejam: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Podem também figurar no pólo ativo da desapropriação, no âmbito da pretensão executória, as empresas concessionárias de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou pessoas jurídicas que exerçam por delegação atividade típica do Estado, desde que expressamente autorizados por lei ou contrato.

Nesses casos supracitados, o poder de desapropriar é sempre da entidade política, pois deverá haver anterior declaração de utilidade pública ou interesse social pelo chefe do executivo.

Nesse patamar, surge a questão da competência das autarquias, entidades paraestatais e das concessionárias de serviços públicos para decretar a desapropriação.

Embora essas entidades (as autarquias) gozem de autonomia política e administrativa, ou seja, tenham a mesma natureza das pessoas políticas, elas não têm a mesma autonomia política para promover a desapropriação. Nesse sentido leciona sobre as autarquias Hely Lopes Meirelles (1995, p. 307), dispondo que:

Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si, esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou. O conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem, enquanto as autonomias permanecem desvinculadas, apenas adstritas à atuação política das entidades maiores a que se vinculam, como ocorre com os Municípios brasileiros (autonomias), em relação aos Estados-membros e à União...

Assim sendo, para desapropriar, as autarquias necessitam autorização legislativa da entidade pública à qual estejam vinculadas.

No entanto, ainda que definidos em lei os sujeitos ativos da desapropriação, não há impedimento de que seja atribuído, por lei federal, o mesmo poder expropriatório a outras entidades da Administração Indireta. Dessa forma,

excepcionalmente, essas entidades podem expedir atos declaratórios de desapropriação.

Como exemplo mencionamos o Decreto Lei nº 512, de 1-3-1969, que traz a possibilidade do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER) de desapropriar, mediante portaria de seu Superintendente.

#### **2.4.1 Desapropriação de bens públicos**

Quanto à competência para expropriação de bens públicos, na análise do segundo parágrafo do artigo 2º, do Decreto Lei 3.365/41, percebemos que o dispositivo legal estabeleceu a possibilidade da União desapropriar bens dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios e, ainda, os Estados possuem competência para desapropriar bens municipais.

Num primeiro momento, a interpretação desse dispositivo traz uma idéia de hierarquização entre os entes federados que, no entendimento de Fábio Konder Comparato (*In: RT 723/111, p. 67*), o dispositivo legal supra mencionado teria sido revogado pela Constituição de 1946, com o restabelecimento pleno da Federação, e que as disposições legais que permitiam a expropriação de bens de uma unidade componente da Federação, pela União, padeciam de Inconstitucionalidade, pois os entes federados são autônomos.

A bem da verdade, deve ser analisada a vigência desse preceito sob o prisma do “princípio da predominância do interesse” aludido pelo doutrinador José Afonso da Silva (2005, p. 147), no qual o princípio geral que estabelece uma idéia de repartição de competência entre os entes federados é o da predominância de interesse. Dessa forma, o interesse representado pela União, por ter maior abrangência, está acima dos interesses regionais ou locais e, conseqüentemente, da mesma forma ocorrerá quando estiver em questão interesse regional e municipal, devendo prevalecer o primeiro, visto que o interesse regional abarca o interesse municipal.

Para outros juristas, como Eurico Sodré (1928, p. 132), seria possível uma inversão dessa escala, ou seja, as entidades menores poderiam desapropriar bens das entidades maiores.

Apoiamo-nos no entendimento de Seabra Fagundes (1942, p. 66), de que esse posicionamento afronta a hierarquia política do regime vigente.

Entretanto, como observa Kiyoshi Harada (2005, p. 115), tal gradação trazida pela norma infraconstitucional não deve ser interpretada em termos de entidades superiores ou inferiores, porque, dentro da Federação Brasileira, cada entidade tem diferentes atribuições a par das comuns.

Somente no campo da competência legislativa concorrente é que há a verticalização dos entes: a União é competente para estabelecer normas gerais (§1, do artigo 24, da CF), sendo que os Estados, de forma suplementar, têm competência para editar normas gerais (§2, do artigo 24, da CF).

Na falta de normas gerais da União, os Estados têm competência legislativa plena (§3, artigo 24, da CF) e, com a superveniência de Lei Federal que disponha de forma contrária, ficará suspensa a eficácia da lei estadual.

#### **2.4.2 Os bens públicos segundo a sua destinação**

O Código Civil divide os bens públicos em:

- a) bens de uso comum do povo
- b) bens de uso especial, também chamados de patrimônio administrativo
- c) bens dominiais, também denominados de patrimônio disponível.

Eurico Sodré (1928, p. 64) entende que só os bens dominiais, em razão da sua natureza disponível, podem ser expropriados. Esse também é o posicionamento de Firmino Whitaker (1946, p. 132).

Discordando desse posicionamento, baseados na idéia de Seabra Fagundes (1942, p. 73), entendemos que a lei não criou restrição alguma ao autorizar a desapropriação dos bens públicos, quando autorizou a desapropriação entre os entes da federação. Assim, se autorizada a desapropriação de bens públicos, o decreto de expropriação revoga a inalienabilidade que estão gravados os bens públicos.

As desapropriações de bens de uso comum do povo e dos bens destinado ao uso especial da Administração, sujeitam-se à prévia desafetação por lei específica. Deve-se atentar, nos caso de desapropriação de bens de uso especial, afim de evitar um comprometimento da harmonia das três esferas governamentais.

Geralmente, quando se trata de desapropriação de bem de uso comum do povo, para evitar polêmicas de ordem jurídica a entidade expropriante não instaura o processo expropriatório. Costuma-se promover a ocupação administrativa e realizar as obras necessárias. A indenização será devida e buscada pela entidade política titular do domínio.

Outra questão que surge dentro da desapropriação de bens públicos é a indagação se existe a possibilidade de um Estado-Membro expropriar bens de outro Estado, ou um Município expropriar bens de outro município.

Analisando pelo prisma político-constitucional há perfeita igualdade entre todos os Estados ou entre todos os Municípios. Ocorre que o parágrafo 2, do artigo 2º do Decreto Lei 3.365/41 só permite expropriação das entidades menores pelas maiores.

Assim, concluí-se que é impossível a expropriação de bens municipais por outro Município, por estarem ambos, sob o ponto de vista jurídico-político-constitucional, em perfeito pé de igualdade. Essa mesma regra estende-se aos Estados-membros.

Outro ponto interessante ocorre quando há concorrência de interesses entre duas ou mais pessoas políticas no tocante à desapropriação de determinado bem. Essa questão resolve-se prevalecendo o interesse da entidade superior, pois ainda que o ente inferior venha a baixar declaração de utilidade pública antes da entidade maior, concretizada a expropriação em favor da menor, a maior poderia desapropriar o bem em questão.

## 2.5 Causas de Ilegalidade ou Inconstitucionalidade da Desapropriação

São inúmeras as causas que podem dar origem à legalidade ou à inconstitucionalidade da desapropriação.

Algumas dessas causas viciam o próprio ato declaratório de utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social e podem ser combatida por meio de Ação Direta à qual alude o artigo 20 do Decreto Lei 3.365/41.

Outras causas dizem respeito ao processo expropriatório e podem ser atacadas no curso da ação de desapropriação.

Pode ocorrer também, de ser baixado um decreto pelo chefe do Executivo, declarando utilidade pública afim de desapropriar uma área para destiná-la a uma entidade particular.

Tampouco a Lei Maior, bem como A Lei de Desapropriação, permitem desapropriar por utilidade pública ou necessidade pública em favor de particular. Assim, a expropriação padece de vício por carência do requisito constitucional: utilidade pública.

Verifica-se ainda, a inconstitucionalidade da desapropriação quando ocorre a predestinação, ou seja, quando um for desapropriado para um determinado fim, mas acabada sendo destinado a outro sem utilidade pública ou sem interesse social.

Vislumbra-se, pois, a possibilidade de impugnar o ato declaratório por meio de Ação Direta, conforme artigo 20 do Decreto Lei 3.365/41, sempre que a causa determinante da desapropriação não for efetivamente de utilidade pública, de necessidade pública ou de interesse social.

Se o ato declaratório já tiver sido atingido pela caducidade, a desapropriação será ilegal. Caso o ato declaratório seja baixado por autoridade incompetente, haverá nulidade. Quando ocorrer esses dois últimos casos, a doutrina tem entendido que tais vícios podem ser examinados na própria Ação de Desapropriação.

Toda a vez que a desapropriação for levada a efeito sem a observância dos requisitos constitucionais que a autorizam (utilidade pública, necessidade pública,

interesse social), o ato declaratório estará eivado de inconstitucionalidade e a expropriação não poderá subsistir, sendo lícita a retrocessão do bem expropriado.

Nesse caso, o expropriado será indenizado em perdas e danos, mediante pagamento de quantia correspondente aos lucros cessantes, e a todos os prejuízos sofridos. Contudo, em alguns casos, será difícil, ou mesmo impossível, tal ressarcimento.

Imaginemos uma situação na qual a expropriação tenha sido irregular mas não tenha sido inconstitucional e o bem não poderá ser reivindicado pelo expropriado em virtude do disposto no artigo 35 da Lei de desapropriação, permanecendo, então, incorporado à Fazenda Pública. Nesse momento, o expropriado já terá recebido a indenização correspondente à desapropriação. Portanto, nessa situação, não há que se falar em perdas e danos, pois não tem o que ser ressarcido.

Dessa forma, o pagamento de perdas e danos só será devido quando houver real prejuízo decorrente da irreivindicabilidade do bem que foi irregularmente expropriado.

### **3. MODALIDADES DE DESAPROPRIAÇÃO E SEU MOMENTO CONSUMATIVO**

#### **3.1 A Desapropriação na Propriedade Imobiliária Rural**

A desapropriação de imóvel rural é um modelo de desapropriação por interesse social, previsto nos artigos 184 a 186 da Constituição Federal.

Esse tipo de desapropriação está presente na Carta Constitucional desde 1946 (§16, do artigo 141) como desapropriação por interesse social, em razão da inserção do conceito de propriedade ligada à idéia de bem estar social.

Desde então, foi largamente debatida a reforma agrária como forma de combate às injustiças sociais.

Promulgada a Emenda Constitucional nº 10, de 1964, que acrescentou parágrafos ao artigo 147, foi publicada e editada a Lei 4.504/64, chamada de “Estatuto da Terra”, e várias foram as normas que passaram a regulamentar a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

Apesar de se falar muito em desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, há uma dicotomia no campo da desapropriação por interesse social em imóveis rurais:

- a) a desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, que é de competência exclusiva da União;
- b) outras modalidades de desapropriação de imóvel rural, por interesse social que atendem outras finalidades, que está regulamentada na Lei 4.132/62, onde a competência não é exclusiva da União.

Nessa última modalidade, as demais entidades políticas da Federação podem desapropriar com fundamento no interesse social que não seja o da reforma agrária.

Cumpra-nos conceituar o imóvel rural para melhor entender essas modalidades de desapropriação que recaem sobre o imóvel rural.

O Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), no artigo 4º, adota o critério da destinação do imóvel e não o da sua localização.

No mesmo sentido, o art. 4º, inciso I, da Lei 8.629/93, procura conceituar o imóvel rural como "...o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial."

De outro lado, só pode ser expropriado para fins de reforma agrária o imóvel rural que não estiver cumprindo a sua função social.

Segundo o preceito constitucional contido no artigo 186:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Os critérios e graus de exigência que mencionam o artigo 186 da Constituição Federal também estão estabelecidos nos artigos 6º e 9º da Lei 8.629/93.

Por outro lado, o artigo 185, da Carta Magna traz uma restrição, estabelecendo que são insuscetíveis de desapropriação, para fins de reforma agrária, três espécies de propriedade, quais sejam:

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

A lei 8.629/93 disciplinou, no artigo 4º, inciso II, alínea "a", o que compreende pequena e média propriedade: "a pequena propriedade é o imóvel rural de área

compreendida entre 1(um) e 4(quatro) módulos fiscais; média propriedade é o imóvel rural de área superior a 4(quatro) e até 15(quinze) módulos fiscais.”

Ainda, com relação à condição de não ser proprietário de outro imóvel, constitucionalmente imposta, o parágrafo único do artigo 4º, da Lei 8.629/93 esclarece que se trata de outro imóvel rural.

E, sobre a propriedade produtiva, a Constituição Federal, dispõe no artigo 185, de forma geral, garantindo-lhe tratamento especial e fixação para o cumprimento dos requisitos relativos à função social. Tal regulamentação encontra respaldo na Lei 8.629/93.

No tocante ao momento consumativo da desapropriação, de acordo com o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, tal momento se dá com o pagamento da indenização, isso porque a desapropriação é modo originário de aquisição da propriedade e a Carta Constitucional prevê, no artigo 5º, inciso XXIV, que a indenização será justa, prévia e em dinheiro.

No entanto, a indenização na desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária é feita mediante expedição de títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até 20 (vinte) anos, e só incide sobre o solo expropriado e sobre as benfeitorias voluptuárias. As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

Se houver interesse de imissão provisória na posse, o Poder Público deve depositar o valor das benfeitorias em juízo, sendo que só terá a transferência das benfeitorias com o pagamento integral da indenização.

Os demais casos de desapropriação de imóvel rural por interesse social são regidos pela Lei 4.132/62, seguindo as normas gerais da desapropriação para fixação de competência, indenização, dentre outros.

Outra espécie de desapropriação rural é a chamada “desapropriação confiscatória”, que está regulamentada pela Lei 8.257/91.

Essa modalidade de desapropriação tem por fim expropriar as glebas em que haja cultivo ilegal de plantas psicotrópicas.

Devido ao caráter ilegal das atividades desenvolvidas nesse tipo de propriedade, essa modalidade de desapropriação é uma exceção à regra pois não comporta indenização ao expropriado.

A competência para propor a Ação de Desapropriação é privativa da União e pode ser delegada a qualquer pessoa jurídica de sua administração indireta.

Segundo Marcelo Alexandrino Vicente Paulo (2006, p. 587), em razão da ilicitude da atividade, “não há que se falar em decreto de declaração de interesse social ou de utilidade pública.” Posicionamento esse do qual discordamos, pois o imóvel rural terá uma destinação social, sendo reservado ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, conforme o disposto no artigo 243, da Lei Maior.<sup>1</sup>

### **3.2 A Desapropriação na Propriedade Imobiliária Urbana**

Primeiramente, analisar-se-á as formas menos gravosas de intervenção do Poder Público na propriedade privada para ponderar sobre a forma mais penosa que é a desapropriação.

Fundado na função social da propriedade e no plano diretor, que é uma lei municipal, o Poder Público, pode, mediante lei específica, intervir na propriedade privada.

A criação de um plano diretor é obrigatória para cidades com mais de vinte mil habitantes e deve ser aprovado pela Câmara Municipal.

O Plano Diretor é um instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, prevista no artigo 182, §1, da Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, de que a desapropriação sob confisco é uma modalidade de desapropriação destinada a interesse social, o ministro do STJ, José Delgado, relatou o acórdão que julgou o Recurso Especial REsp 498742/PE/2003/0017278-8. (Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09/08/2006).

Destarte, conforme preleciona o artigo 182, §2, da Carta Magna, a propriedade urbana ao cumprir as exigências expressas no plano diretor desempenha sua função social.

Em 2001 a União editou a Lei nº 10.257, denominada “Estatuto da Cidade”, que veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabeleceu diretrizes gerais de política urbana.

Analisando o parágrafo único do artigo 1º do Estatuto da Cidade, percebemos que essa lei trouxe normas para regular o uso da propriedade, com o objetivo de promover o bem coletivo, a segurança, o bem-estar dos cidadãos e o equilíbrio ambiental.

O artigo 5º *caput* da Lei nº 10.257/01, em conformidade com o artigo 182, §4º, inciso I, da Constituição Federal, possibilita aos municípios, mediante lei municipal específica, para área incluída no plano diretor, exigir o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórias do solo urbano não edificado, subutilizado, ou seja, que não seja utilizado de modo compatível com sua potencialidade; ou que não tenha qualquer utilização.

Contudo, não basta a previsão genérica no plano diretor de parcelamento, edificação ou utilização compulsórias; faz-se necessária, também, a criação, em cada caso (parcelamento, edificação, utilização), de uma lei municipal específica conjeturando sobre a constituição da obrigação em uma área determinada incluída no Plano Diretor.

Nessa lei específica seriam estabelecidas as condições e os prazos para a instituição e para o cumprimento da obrigação de edificar, parcelar ou utilizar o solo urbano.

O Poder Público deverá notificar o proprietário do imóvel urbano para o cumprimento da medida, a fim de que se constitua a obrigação de utilizar, edificar ou parcelar o imóvel.

Os prazos para a realização da obrigação pelo proprietário, fixados na lei municipal, serão, no mínimo, de um ano para protocolar o projeto no órgão municipal competente, contado a partir da notificação e, de dois anos, para iniciar o empreendimento, contados da aprovação do projeto, sendo que, nesse último caso,

em se tratando de obras de grande porte, excepcionalmente, a lei municipal específica poderá prever a conclusão em etapas.

No caso de transmissão do imóvel, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, posterior à notificação, serão transferidas as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, sem interrupção do prazo.

O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento.

Descumprida a obrigação compulsória exigida pelo Poder Público, será imposta ao proprietário uma segunda penalidade, prevista no artigo 182, §4º, inciso II, da CF, que é a cobrança de imposto sobre propriedade predial e territorial urbana, progressivo no tempo.

Essa sanção prevista no artigo 7º, do Estatuto da Cidade constitui-se na aplicação de IPTU progressivo no tempo, mediante majoração da alíquota do tributo no prazo de cinco anos consecutivos. No entanto a lei não impede que essa cobrança de IPTU majorado ocorra por prazo superior. A Lei nº 10.257/01 não coloca essa hipótese como faculdade do Poder Público e sim como obrigatoriedade.

O valor da alíquota a ser aplicada por ano estará fixado na lei que determinou a obrigação anterior descumprida (de parcelamento, edificação, ou utilização compulsórios) e não poderá exceder o dobro do valor referente ao ano anterior, respeitando a alíquota máxima de quinze por cento.

Todavia, caso o proprietário do imóvel, ainda assim, não promova o adequado aproveitamento do solo urbano, é facultado ao poder público manter a cobrança do IPTU progressivo no tempo ou utilizar-se da terceira medida prevista no artigo 182, §4º, inciso III, da CF, que é a desapropriação da área em questão.

A atual Carta Constitucional instituiu no artigo 182, §4º, inciso III, uma nova espécie de desapropriação por interesse social, porque é realizada no interesse da coletividade e não para atender, simplesmente, a uma utilidade ou necessidade do Poder Público Expropriante.

Nesse diapasão, a Lei nº 4.132/62 define no artigo 2º, inciso I, que se considera de interesse social o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e

consumo dos centros de população à que deve, ou possa suprir, por seu destino econômico. Assim, é evidente que se trata de desapropriação por interesse social.

Essa modalidade de desapropriação é abordada pelo Estatuto da Cidade, que dispõe em seu artigo 8º que:

[...] decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

Há uma excepcionalidade à regra constitucional no tocante à indenização sobre desapropriação de imóveis urbanos que, em regra, é feita com prévia e justa indenização em dinheiro (artigo 182, §3º, da CF) mas, por se tratar de uma desapropriação de caráter punitivo, a indenização será realizada com o pagamento em títulos da dívida pública, cuja emissão deve ser previamente aprovada pelo Senado Federal, resgatáveis no prazo de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano (artigo 8º, §1º da Lei 10.257/01).

No tocante ao que dispõe o artigo 8º, §2º, do Estatuto da Cidade que determina que “o valor real da indenização refletirá o valor da base de cálculo do IPTU”, há uma problemática na sua interpretação. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 589) entendem que não se pode afirmar que a base de cálculo do IPTU será o valor da indenização. E afirmam que:

... se assim fosse, pensamos que ele seria inconstitucional, pois a CF/88 somente se refere à desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, ‘assegurados o valor real da indenização e os juros legais’. O caráter sancionatório dessa modalidade de desapropriação se esgota no fato de ser ela indenizada em títulos públicos; pensamos não existir qualquer autorização constitucional para que o valor da indenização seja inferior ao valor real do imóvel.

Quando o legislador diz que o valor da indenização refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, fica demonstrado que o legislador não quis definir que o valor da indenização fosse a base de cálculo, pois se assim o desejasse teria adotado uma redação mais direta.

Estabelece ainda o Estatuto, que será descontado do valor da indenização o montante incorporado ao valor do imóvel pela realização de obras pelo Poder Público na área em que se localiza, após a notificação do proprietário para o cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar.

Não compreenderá o valor da indenização as expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

Depois de desapropriado o imóvel urbano, o Poder Público deverá promover seu aproveitamento adequado no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público (artigo 8º, §4º, do Estatuto).

Esse aproveitamento poderá ser realizado pelo próprio Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, devendo, nesses últimos casos, proceder à concessão mediante licitação.

E, por fim, se ocorrer a aquisição por terceiro, haverá transmissão das obrigações que gravavam o imóvel. (artigo 8º, §6º, deste Estatuto).

### **3.3 A Desapropriação Indireta**

Ocorre a desapropriação indireta, também chamada de desapossamento ou apossamento administrativo, como mero instrumento processual para forçar o Poder Público a indenizar a propriedade alheia da qual se apossou sem observar os trâmites legais.

Sodré (1928, p.16) denomina essa modalidade de “desapropriação de fato”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 183), procura conceituar a desapropriação indireta como sendo aquela que se processa sem observância do procedimento legal; costuma ser equiparada ao esbulho e, por tal razão, pode ser obstada por meio de ação possessória. No entanto, se o proprietário não o impedir no momento oportuno, deixando que a administração lhe dê uma destinação pública,

não mais poderá reivindicar o imóvel, pois os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto de reivindicação.

O fundamento legal para a desapropriação indireta está no artigo 35 da Lei nº 3.365/41. Contudo, a maioria da doutrina repudia essa espécie de desapropriação. Segundo Salles (2000, p. 858), essa modalidade de expropriação, que deveria ser um expediente utilizado de forma excepcional pela Administração, nos casos em que o apossamento se daria por equívoco do Poder Público que lá empregou obra pública, de veras hoje é um procedimento de praxe utilizado pela Administração de forma consciente, pois é muito mais conveniente invadir a propriedade particular para, só depois de muitos anos, pagar a devida indenização, que provavelmente será realizada por governos futuros.

Nesse sentido de conveniência da opção de apossamento ilegal frente à demora processual das desapropriações em geral, comenta Harada (1999, p.169):

Já se tornou comum o Poder Público apossar-se da propriedade privada, notadamente, para as obras de alargamento de vias públicas, aproveitando-se dos recursos obrigatórios existentes, quando a possibilidade de resistência de seus proprietários é mínima por não trazer tantos transtornos.

Salles (2000, p.860) afirma que: “O expediente é lamentável, mas tem sido empregado com largueza, violando o preceito constitucional (art. 5º, XXIV) que só admite a desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro”.

Essa modalidade de desapropriação é oriunda de criação pretoriana, porque os proprietários, quando desapossados ilicitamente pela Administração, utilizavam-se dos interditos possessórios e da Ação Reivindicatória. No entanto, devido à utilização dos bens em obra pública, pela Administração, esses bens passavam a incorporar o patrimônio público e, assim, não podiam ser reavidos, sendo tais ações convertidas em ações indenizatórias.

Nesse sentido dispõe o julgado do STF (RT 465/238):

[...] a chamada ação de desapropriação indireta, criação pretoriana à base de reivindicação convertida em indenizatória de esbulho, funda-se em última análise, na prática de ato ilícito dos prepostos da autoridade que deveria ter promovido desapropriação com imissão de posse e, entretanto, não o fez, ordenando a violência ou fraude contra o particular.

Dessa forma, surgiu a desapropriação indireta que, conforme o entendimento de Salles (2000, p.860), trata-se de Ação Ordinária de Indenização.

A natureza jurídica dessas ação é a de ação real e não pode ser atingida pela prescrição extintiva, mas pode ser alcançada pela prescrição aquisitiva (usucapião).

Quanto ao foro competente para ajuizamento da ação, a jurisprudência tem entendido que é competente o juízo da situação da coisa e não o foro de domicílio do réu, com fundamento no artigo 95, segunda parte, do Código de Processo Civil.

É, portanto, a desapropriação indireta ato manifestamente ilícito, pouco importando se houve declaração de utilidade pública ou de interesse social pelo Chefe do Executivo (autoridade competente), se o desapossamento ocorreu sem o devido processo legal de desapropriação.

Assim, por se tratar de ato ilícito no qual o proprietário tem sua posse turbada, esbulhada ou ameaçada, pode ele valer-se dos interditos possessórios para assegurar sua posse, desde que não tenha iniciado a obra pública.

Se já iniciada a obra, não será mais possível reivindicar o bem em razão do Princípio da Intangibilidade da obra pública. A única coisa a ser reclamada será a indenização.

Caso o proprietário tenha sofrido prejuízos, será acrescentada à indenização os juros compensatórios, que são devidos a partir da perícia (Súmula 345, do STF).

Com relação ao momento consumativo da desapropriação indireta, esta só se concretiza no momento em que a indenização é paga. Então, o mero desapossamento não é causa de perda da propriedade.

Destarte, o proprietário pode alienar o imóvel a terceiro, mesmo que a Administração Pública tenha dele se apossado mas não tenha efetivado a indenização.

Assim, ainda que haja apossamento ilegal pelo Poder Público, esse não se torna proprietário do bem enquanto não for paga a indenização. Só depois de paga a

indenização correspondente, na ação promovida pelo proprietário desapossado, é que o juiz determinará a adjudicação do bem ao patrimônio do expropriante.

Ocorre que, às vezes, a Administração Pública não se apossa diretamente do bem, mas lhe impõe limitações ou servidões que impedem totalmente o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes inerentes ao domínio. Nesse caso, também estará caracterizada a desapropriação indireta, já que as limitações e servidões podem somente, e licitamente, afetar em parte o direito de propriedade.

#### 4. TREDESTINAÇÃO OU DESVIO DE FINALIDADE

O significado de tredestinação, segundo Pontes de Miranda (*apud* Salles 2000, p.840) é “outro uso” do bem desapropriado.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p.587) procuram conceituar tredestinação como:

[...] a destinação desconforme com o plano inicialmente previsto no ato expropriatório. Na tredestinação, o Poder Público desiste dos fins da desapropriação e transfere a terceiro o bem desapropriado ou pratica desvio de finalidade, permitindo que terceiro se beneficie de sua utilização.

Salles (2000, p.840) menciona como exemplo de ocorrência de tredestinação, quando o Município desapropria determinado imóvel com a finalidade de construir uma escola pública e, posteriormente, doa esse imóvel para um particular.

Nesse caso entendemos que há tredestinação ilícita, resultante do desvio de finalidade para atender interesse particular. Essa desapropriação deve ser considerada nula e o imóvel deve retornar ao seu proprietário.

Há outra hipótese de tredestinação, a qual a doutrina aponta como sendo lícita. Essa seria o desvio de finalidade que deu origem à desapropriação, mas que a própria Administração Pública deu ao imóvel outra destinação, revestida de caráter público.

Como exemplo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p.588) mencionam um caso em que o Poder Público desapropria uma área para a construção de uma escola e, em razão de interesse público superveniente, no local é construído um hospital.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p.385) discorda dessa última hipótese, aduzindo que não chegará a caracterizar a tredestinação se o bem for aplicado a outra finalidade pública, diferente daquela mencionada no ato expropriatório, pois a Constituição só se refere aos pressupostos (necessidade

pública, utilidade pública, interesse social) e não à divergência de destinação, desde que atendidos os mesmos requisitos.

Nos casos em que houver provado o desvio de finalidade, o expropriado poderá pleitear perdas e danos, não sendo possível a reivindicação do bem, como já visto anteriormente.

Contudo, havendo a desapropriação de um bem e, com a tredestinação, esse bem for incorporado ao patrimônio de delegatários, será possível a reivindicação do bem.

Com muito mais razão, poderá ser o bem reivindicado no caso de o Poder Público não dar alguma destinação ou finalidade ao mesmo.

## 5. DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO

O Decreto Lei nº 3.365/41 não tem nenhum dispositivo regulamentando a desistência da ação de desapropriação.

Contudo, como veremos adiante, essa desistência é possível ante do pagamento do preço referente à mesma.

Isso porque pode ocorrer que, no curso do processo de desapropriação, os motivos que levaram à expropriação, deixam de existir, sendo infrutífero a manutenção da medida expropriatória, já que a mesma não há mais razão de ser.

Alguns tribunais têm aceitado a possibilidade da desistência do processo expropriatório antes do pagamento do preço ao expropriado, isso porque, com o pagamento integral da indenização, o bem desapropriado incorporará o patrimônio público.

Assim, pode a Administração desistir da desapropriação até o pagamento da indenização, não se eximindo, contudo, da composição de perdas e danos causados ao expropriado, bem como de alguns acertos de verbas como juros compensatórios, despesas processuais e honorários advocatícios.

Essa desistência pode ser declarada na própria ação de desapropriação, no entanto, necessita de prévia revogação do decreto declaratório de utilidade pública ou interesse social e, por fim, o Poder Público irá requerer a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Caso não haja revogação do decreto expropriatório, a desistência só será possível com o consentimento do réu.

A desistência traz como consequência a devolução do imóvel ao patrimônio do expropriado, caso tenha havido imissão provisória na posse.

De outro lado, será impossível a desistência da ação quando, em decorrência da obra ou serviço público, tenha o imóvel sido destruído ou substancialmente modificado, isso porque o imóvel deve ser restituído em seu estado primitivo.

Ocorrendo a desistência da ação de desapropriação, ambas as partes devem ser reconduzidas ao *statu quo ante*, ou seja, à situação em que se encontravam antes da propositura da ação.

Com efeito, o Poder Público devolve ao expropriado o imóvel pagando a indenização, inerente ao desapossamento, por danos, caso tenha imitado provisoriamente na posse e o particular deverá restituir à Administração oitenta por cento do valor da oferta, se tiver levantado o preço.

Note-se ainda, que a Administração Pública não pode, na desapropriação indireta, aduzir analogia à desapropriação direta, pois seria uma forma de se furtar ao pagamento da indenização.

Por fim, cumpre-nos ressaltar que, efetivado o pagamento da indenização pelo expropriante, não será mais possível o pleito da desistência da ação.

## 6. RETROCESSÃO

Tratando da origem legal do instituto da retrocessão no sistema jurídico brasileiro, Sodré (1928, p.85) dispõe que:

O instituto da retrocessão, que apareceu em nosso direito positivo, de uma forma embrionária, no art. 5 da lei n. 38 de 18 de março de 1836, foi consagrado no art. 2 §4 da lei n. 1021 de 26 de agosto de 1903, nos seguintes termos, repetidos pelo art. 14 do dec. 4956 de 9 de setembro do mesmo ano: “Si, por qualquer motivo não forem levadas a efeito as obras para as quaes foi decretada a desapropriação, é permitido ao proprietário reaver o su imóvel, restituindo a importância recebida, indenizando as melhorias que porventura tenham sido feitas e augmentado o valor do prédio.

Segundo Sodré (1928, p.85), “...a retrocessão é o direito do ex-proprietario de reaver o imóvel desapropriado quando não tenha tido a utilização a que era destinado.”

No entendimento desse autor, ainda que o imóvel tenha sido destinado para qualquer outro fim, mesmo que esse fim seja público, o ex-proprietário pode exercer seu direito de retrocessão, porque o conceito de propriedade é econômico e a avaliação da coisa é feita no momento da desapropriação. Justifica o autor (SODRÉ, 1928, p. 86), nesse sentido: “Entre esses dois momentos, em cada um dos quaes se declarou um motivo de desapropriar, se objectivou um destino differente para a coisa desapropriada, poderia ella ter mudado de valor, e nesse caso haverá sempre um prejudicado”.

Em posicionamento contrário firma-se Whitaker (1946, p.76): “São condições para o exercício deste direito: a) que a coisa não tenha sido empregada no interesse público...”.

O entendimento de Firmino Whitaker (1946, p. 77) é de que, se o bem foi devidamente empregado à finalidade e, posteriormente cessou o motivo que

justificou o decreto, não será cabível a retrocessão, pois o bem incorporou o domínio (patrimônio) do Poder Público.

Outro caso que também não autoriza a retrocessão, na visão desse autor, seria a hipótese em que o bem não tenha sido empregado de acordo com o decreto, tendo sido destinado à finalidade diversa, porém de interesse público. Nesse caso, entende que a retrocessão seria inútil, pois poderia ser decretada nova desapropriação.

Seabra Fagundes (1942, p. 351) tem o mesmo posicionamento de Whitaker (1946, p. 83)

Salles (2000, p.835) entende que a natureza jurídica desse instituto é direito real que incide sobre o bem que, em não sendo utilizado na finalidade para a qual foi desapropriado, nasce o direito do ex-proprietário de exigir que o bem seja reincorporado ao seu patrimônio, mediante devolução do preço pago pelo bem.

Cumpre-nos, atentar que não se confunde a reivindicação (direito de seqüela) com o instituto da retrocessão, conforme observa Whitaker (1946, p.74): “Este direito não se confunde com o de reivindicação, porque só reivindica o que tem o domínio sobre a coisa possuída injustamente por outro; e na desapropriação, o proprietário perde o domínio, sendo legítima a posse do adquirente.”

Portanto, se descumprida a finalidade do decreto de utilidade pública ou de interesse social, não há razão para o bem permanecer sob o domínio do expropriante.

Conseqüentemente, deve o Poder Público oferecer o bem, primeiramente ao ex-proprietário expropriado e, este deverá devolver à Administração o valor atualizado da indenização paga pelo imóvel.

Quanto ao prazo para o Poder Público dar finalidade ao bem expropriado, com o intuito de saber qual o momento para o expropriado reaver seu bem, há divergência doutrinária e jurisprudencial.

O Decreto Lei nº 3.365/41 não contém dispositivo algum estabelecendo prazo para reaver o bem, no caso acima mencionado.

Salles (2000, p. 840) entende que “seria razoável a fixação deste prazo em cinco anos, a exemplo do que ocorre com o prazo de caducidade do ato declaratório de utilidade pública, estabelecido pelo art. 10 do Dec. Lei3.365/41.”

Seria apropriado que o legislador estabelecesse um prazo para a utilização do bem na finalidade para qual foi desapropriado.

Isso se faz necessário porque muitas vezes o Poder Público realiza as desapropriações, de forma indiscriminada, pois desapropria sem ter recursos necessários para a realização de obras, não podendo dar seguimento aos planejamentos.

Ocorrendo a trestinação, mas sendo o bem expropriado empregado em nova finalidade pública, não haverá guarida para a retrocessão.

A *contrario sensu*, acontecendo a trestinação do bem desapropriado para uso em finalidade de caráter particular, ou existindo demora injustificada na utilização desse bem, com evidência de que não será empregado para o fim ao qual foi expropriado, cabível será a retrocessão.

## CONCLUSÃO

Com a realização desta pesquisa, no tocante às desapropriações, conclui-se que, são de interesse social as desapropriações rurais, incluindo a desapropriação confiscatória, e as desapropriações urbanas, pois nessas modalidades a propriedade é destinada a um fim social, o que não se pode considerar no caso da desapropriação indireta, (uma desapropriação por interesse social) haja vista que a mesma não atua sequer como sanção para cumprimento da função social da propriedade e, ainda, fere preceitos constitucionais por razões de conveniência da Administração Pública.

Entendemos que, ainda que o princípio informador da Administração seja a prevalência do interesse público sobre o interesse particular, essa forma de intervenção nada mais é do que ato ilícito do Poder Público, por não respeitar o devido processo legal.

Concluimos que a desapropriação, em qualquer de suas modalidades, é um instituto que existe no ordenamento jurídico brasileiro para proteger os interesses sociais, ainda que num segundo plano, e também operar nos interesses da Administração Pública.

Os pressupostos da desapropriação, quais sejam: necessidade pública, utilidade pública e interesse social têm fundamento constitucional e nenhum outro caso poderá ser invocado pelo Poder Público para fins de desapropriação.

Concluimos, também, que todos os bens, inclusive os bens públicos que são bens inalienáveis, são suscetíveis de desapropriação, bem como de retrocessão nos casos de desvio de finalidade, ociosidade ou omissão do Poder Público em dar destinação ao bem.

## BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Ronaldo de. **Desapropriação e constituição de servidão administrativa**. São Paulo: Atlas, 1987.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A posse e seus efeitos**. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 6<sup>a</sup>ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMARGOS, Luciano Dias Bicalho. **O imposto territorial rural e a função social da propriedade**: doutrina, prática e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *In*: RT 723/111. São Paulo: Malheiros, 1997.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Hemus, 1975.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação**. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Bertrand Brasil, [s.d.].

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

FAGUNDES, M. Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Desapropriação por utilidade pública**. Curitiba: Guairá, 1942.

GODOY, Luciano de Souza. **Direito agrário constitucional** O regime da propriedade. São Paulo: Atlas, 1998.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Desapropriação: doutrina e prática**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Algumas considerações sobre requisição.** In: Jus Navegandi. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=483>>. Acesso em 31/ago/02.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 20ªed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** Tomo XII. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ORRUTEA, Rogério. **Da propriedade e sua função social no direito.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1969.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** vol. IV: Direitos reais. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Luís Portella. **A função social da propriedade urbana.** Porto Alegre: Síntese, 2003.

PINHEIRO, Renata Peixoto. **Desapropriação para fins urbanísticos em favor de particular.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Instituições de direito público e privado**: introdução ao estudo de direito, noções de ética profissional. São Paulo: Atlas, 2004.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27ª ed. São Paulo: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito urbanístico brasileiro**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SODRÉ, Eurico. **A desapropriação por necessidade ou utilidade pública**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1928.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade** – o seu conteúdo mínimo entre o código civil, a legislação ordinária e a constituição. *In*: Revista Forense. Rio de Janeiro. v.306, abr/jun 1989.

VAZ, Izabel; CORRÊA, Oscar Dias. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VELLOSO, Mário Roberto N. **Desapropriação: aspectos civis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. vol. V: Direitos reais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WEDEKIND, Bernhard Wilfried. **Desapropriações por utilidade pública**. 3º ed. Curitiba: Juruá, 1979.

WHITAKER, F. **Desapropriação**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1946.