



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Direito

MURILO MELO VALE

DESAPROPRIAÇÕES
Análise crítica do marco legal das expropriações administrativas
à luz do Princípio Democrático

Belo Horizonte

2014

MURILO MELO VALE

DESAPROPRIAÇÕES

Análise crítica do marco legal das expropriações administrativas à luz do Princípio Democrático

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de “Mestre em Direito”.

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Projeto estruturante: Limites ao Poder do Estado, Segurança Jurídica, Confiança, Participação e Consensualidade.

Projeto Coletivo: Tendências atuais da Administração Pública: participação, consensualidade e controle.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva.

Belo Horizonte

2014

V149d Vale, Murilo Melo
Desapropriações: análise crítica do marco legal das
expropriações administrativas à luz do Princípio Democrático
/ Murilo Melo Vale. - 2014.

Orientadora: Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de
Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito - Teses 2. Desapropriação 3. Democracia
Deliberativa 4. Princípio Democrático I. Silva, Cristiana
Maria Fortini Pinto e II. Título III. Universidade Federal de
Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

CDU: 351.5

MURILO MELO VALE

DESAPROPRIAÇÕES
Análise crítica do marco legal das expropriações administrativas
à luz do Princípio Democrático

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2014.

Componentes da Banca examinadora:

Professora Doutora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (Orientadora)
Faculdade de Direito / Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Florivaldo Dutra Araújo
Faculdade de Direito / Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Emerson Gabardo
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias (Suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais

*À minha mãe e à Cinthia,
forças motrizes para o desenvolvimento deste trabalho.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho deveu-se ao apoio, a presença e a dedicação de muitas pessoas, que a seu modo, contribuíram para o seu desenvolvimento:

- à professora Cristiana Fortini, pelo apoio e dedicação na orientação, cuja sinceridade e perspectiva profissional foram fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho;
- ao professor Florivaldo, cuja ternura exemplar ao Direito Administrativo muito inspirou minha vontade em desenvolver este trabalho nos contornos aqui propostos;
- aos demais professores da Faculdade de Direito da UFMG, em especial, a professora Maria Tereza, o professor Onofre, a professora Maria Fernanda, o professor Aloísio Gonzaga, agora aposentado, cujos ensinamentos e apoio foram muito importantes para meu desenvolvimento acadêmico;
- à minha avó Conceição, por ter me encorajado, há vários anos, a seguir o caminho do Direito;
- à minha mãe, Ester, pela grande dedicação, amor e incentivo à minha empreitada acadêmica;
- à Cinthia, pela paciência, companheirismo e pelo apoio incondicional;
- ao meu pai, Paulo, aos meus irmãos, Victor e Paula, e a todos os meus familiares, pelo apoio, companheirismo, alegria e amizade;
- ao Mário Tavernard, pela confiança, apoio e debates jurídicos;

- a todos os colegas do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, cujos fervorosos debates e companheirismo, muito contribuíram no desenvolvimento deste trabalho.

Muito obrigado!

*“A democracia é a pior de todas as formas
imagináveis de governo, com exceção de todas
as demais que já se experimentaram”
(Winston Churchill)*

RESUMO

O presente estudo busca analisar criticamente o marco jurídico das desapropriações por utilidade pública, à luz do Princípio Democrático. É uníssono o reconhecimento doutrinário acerca dos benefícios e da necessidade da democratização de processos decisórios. A democracia hoje não se confunde com um conjunto de formatos institucionais que espelham a mera agregação de votos e que tenham representantes legitimados pela benção eleitoral. A participação não é somente um direito que visa suprir as insuficiências da Democracia Representativa, mas é, principalmente, um meio para que os cidadãos tenham seus legítimos interesses e perspectivas levadas em consideração pelas decisões estatais. Atualmente, a Administração Pública enfrenta um grande desafio acerca de como adaptar ferramentas gerenciais aos novos preceitos democráticos vigentes. As desapropriações por utilidade pública, como regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, é uma dessas ferramentas cuja prática institucional evidencia uma atuação autocrática e antissolidária do Estado, não condizente com os parâmetros exigidos pelo sistema de direitos decorrentes da democracia, trazidos pela Constituição da República de 1988. Com amparo em preceitos teóricos que caracterizam a Democracia Deliberativa, o Princípio Democrático exige mudança na interpretação de regras aplicáveis às desapropriações por utilidade pública, tais como as relativas: às desapropriações de bens públicos; à importância da fase administrativa extrajudicial; ao papel do Juiz na ação de desapropriação; dos requisitos necessários para deferimento da imissão prévia na posse; da delimitação da justa indenização; e dos contornos do Direito à retrocessão. Além disso, à luz dos preceitos jurídicos do Princípio Democrático, é necessária uma mudança institucional que possibilite a procedimentalização da fase pré-declaratória, para a devida verificação deliberativa da utilidade pública. Para alcançar os objetivos propostos, o presente trabalho, de natureza interdisciplinar, tentará fornecer parâmetros normativos para o procedimento expropriatório, para fim de utilidade pública.

Palavras-chave: Desapropriação. Princípio Democrático. Democracia Deliberativa.

ABSTRACT

This study seeks to critically examine the Brazilian law of “expropriation for public use”, based on “principle of democracy”. There is a consensus by the legal doctrine about the benefits and necessity of democratization in the decision-making processes. In this days, democracy cannot be misunderstood as a set of institutional formats that reflect mere aggregate of votes and who have legitimate representative agents by electoral process. Participation is not only a right which aims to address the inadequacies of representative democracy, but is mainly a way for citizens to have their legitimate interests and views taken into consideration by state decisions. Currently, the public administration faces a big challenge of how to adapt public management instruments to the new democratic concepts. “Expropriation for public use”, such as regulated by the Brazilian legal order, is one of these institutional practice that reveals an autocratic and non-solidary government action, not compatible with the normative principles of democracy, as regulated by the 1988 Constitution. Supported by theoretical precepts that characterize Deliberative Democracy, the “principle of democracy” requires changes in the interpretation of specific rules of “expropriations for public use”, such as those relating to: expropriation of public property; the importance of extrajudicial administrative phase; the role of the judge in the lawsuit for expropriation; the requirements for an judicial order permitting to take early possession of the expropriated property rights; the delimitation of equitable compensation, and the outlines of the right of retransfer the expropriated property. In addition, based on the legal precepts of the “principle of democracy”, institutional change is required to regulate the procedure of the stage prior to the “declaration of public utility”, for deliberative verification of “public use” of the expropriated property. To achieve the proposed objectives, this thesis will attempt to provide normative guidelines for expropriation procedure for public use.

Keywords: Expropriation. Principle of Democracy. Deliberative Democracy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AP	- Plano de Ação dos Princípios do Equador (em português)
BNDES	- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
COMIG	- Companhia Mineradora de Minas Gerais
CR/88	- Constituição da República de 1988
EHS	- Grupo Banco Mundial (em português)
EPFI	- Instituições Financeiras Signatárias dos Princípios do Equador (em português)
EPIC	- Consentimento Livre, Prévio e Informado (em português)
ESIA	- Estudo de Impacto Socioambiental (em português)
ESMP	- Plano de Gestão Socioambiental (em português)
ESMS	- Sistema de Gestão Ambiental e Social (em português)
FGTS	- Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FIFA	- Federação Internacional de Futebol (em português)
FUNAI	- Fundação Nacional do Índio
GEE	- Graus de Eficiência na Exploração
GRPU	- Gerência Regional do Patrimônio da União
GUT	- Graus de Utilização da Terra
IBAMA	- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICMBio	- Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
IFC	- International Finance Corporation
INCRA	- Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
IPTU	- Imposto Predial e Territorial Urbano
ITBI	- Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis
MST	- Movimento dos Sem Terra
NE INCRA	- Norma de Execução do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
PD5	- Padrão de Desempenho 5

- PNRA - Plano Nacional de Reforma Agrária
- PRCL - Financiamentos Corporativos Dirigidos a Projetos (em português)
- PROAS - Programa Municipal de Assentamento
- SPE - Sociedade de Propósito Específico
- UA - Unidades Animais

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	16
2	A NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO	24
2.1	O reconhecimento dos benefícios e da necessidade de democratização e ampliação da participação popular na Administração Pública.....	24
2.2	A imprecisão da delimitação jurídica do Princípio Democrático na doutrina jurídico-administrativista.....	28
2.2.1	Natureza orientadora do Princípio Democrático	29
2.2.2	Princípio Democrático como princípio de organização da Administração Pública	31
2.2.3	Caráter descritivo do Princípio Democrático	32
2.2.4	Princípio Democrático como norma de eficácia plena?.....	34
2.3	Democrático como conceito jurídico indeterminado	36
2.4	As teorias deliberativas como marco teórico de integração do Princípio Democrático	43
2.4.1	O ideal clássico de deliberação: a razão comunicativa e política deliberativa em Habermas	43
2.4.2	As teorias deliberativas: a evolução do modelo clássico de deliberação	46
2.4.3	Ideais reguladores da democracia deliberativa e exigências mínimas para um procedimento deliberativo.....	51
2.4.4	Democracia e o ideal de solidariedade	57
2.5	Balço: as dimensões jurídicas do Princípio Democrático conforme as teorias deliberativas	65
3	PROPEDÊUTICA E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DAS DESAPROPRIAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO ATÉ O DECRETO-LEI Nº 3.365/1941.....	70
3.1	O surgimento do instituto jurídico das desapropriações no decorrer da história.....	70

3.2	O fundamento do instituto jurídico da desapropriação.....	78
3.3	Evolução histórica do instituto jurídico da desapropriação no direito brasileiro anteriormente ao Decreto-lei nº 3.365/1941.....	85
3.3.1	A legislação imperial.....	85
3.3.2	A consolidação da legislação imperial: o Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903.....	91
3.3.3	Confusão terminológica: desapropriação ou expropriação?.....	95
3.4	O Decreto-lei nº 3.365/1941: a guinada legislativa para um novo sistema.....	97
3.4.1	As hipóteses de utilidade pública e a incorporação dos casos de necessidade pública.....	99
3.4.2	A abrangência dos bens desapropriáveis.....	102
3.4.3	A declaração de utilidade pública.....	103
3.4.4	Outras figuras “parainstitucionais” no contexto do Decreto-lei nº 3.365/1941.....	108
4	CARACTERÍSTICAS ANTIDEMOCRÁTICAS DO PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO REGULAMENTADO PELO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941.....	114
4.1	Desapropriação de bens públicos: hierarquia entre entes federados?	114
4.1.1	Desapropriação de bens públicos: a inversão da gradação da competência expropriatória e a teoria da prevalência de interesses.....	115
4.1.2	A competência concorrente de entes federativos para a desapropriação de um mesmo bem privado.....	123
4.1.3	Desapropriação de bens públicos de outros entes federativos de “mesmo nível”.....	126
4.1.4	Delimitação dos bens públicos expropriáveis.....	127
4.1.5	Desapropriação de bens da Administração Pública indireta e de concessionárias e permissionárias de serviços públicos.....	132
4.2	A fase executória extrajudicial: o prezado da consensualidade e a inexistência de regulamentação do procedimento extrajudicial.....	135

4.3	O processo judicial e o papel do Poder Judiciário na verificação dos casos de utilidade pública	142
4.4	A imissão provisória na posse.....	150
4.4.1	A necessária mudança de interpretação do artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941	150
4.4.2	A possibilidade de apreciação judicial da declaração de urgência.....	166
4.5	A justa indenização no Estado democrático	170
4.5.1	Generalidades acerca do pagamento da indenização	170
4.5.2	Delimitação do valor da justa indenização.....	175
4.5.3	O sistema da indenização única: a displicência do Decreto-lei nº 3.365/1941 com relação a direitos de terceiros prejudicados.....	186
4.5.4	A previedade da justa indenização e o pagamento por meio de precatórios judiciais.....	195
4.6	A retrocessão no Estado democrático.....	202
5	A LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE AO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941 E O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉ-DECLARATÓRIO NA DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA.....	209
5.1	Legislação superveniente ao Decreto-lei nº 3.365/1941 sobre desapropriações	209
5.1.1	A Lei nº 3.833/1960: regime especial de execução de obras do “Polígono das Secas”	209
5.1.2	A Lei nº 4.132/1962: desapropriação por interesse social	210
5.1.3	Decreto-lei nº 1.075/1970: avaliação prévia para a imissão na posse em imóveis residenciais urbanos	213
5.1.4	A desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária: a Lei nº 8.629/1993 e a Lei Complementar nº 76/1993.....	215
5.1.5	Desapropriação urbanística por descumprimento da função social	227
5.2	A procedimentalização da fase administrativa pré-declaratória nas desapropriações para fins de reforma agrária: as especificidades	

	deliberativas da Norma de Execução nº 95, de 27 de agosto de 2010, do INCRA	230
6	PELA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO PARA FINS DE UTILIDADE PÚBLICA	239
6.1	A declaração não deliberada de utilidade pública: pelo reconhecimento da obrigatoriedade da realização do prévio procedimento deliberativo de verificação de utilidade pública	239
6.2	Princípios do Equador: pela democratização da fase executória das desapropriações por utilidade pública	255
6.2.1	Descrição dos Princípios do Equador.....	261
6.2.2	O Padrão de Desempenho nº 5, da IFC: a democratização no reassentamento involuntário	268
7	CONCLUSÃO.....	276
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	282
	ANEXO A - LEGISLAÇÃO NACIONAL SOBRE DESAPROPRIAÇÕES ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941	302

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de analisar criticamente o marco legal do instituto das desapropriações por utilidade pública no ordenamento jurídico brasileiro, à luz do Princípio Democrático vigente na Constituição da República de 1988.

Para tanto, o estudo irá focar sua análise no Decreto-lei nº 3.365/1941 sem prejuízo do oportuno exame de outras normatizações específicas, apresentando suas principais características, bem como debatendo sobre imprecisões jurídicas apresentadas à luz de normas constitucionais. Com isso, busca-se realizar uma leitura mais adequada das regras aplicáveis à desapropriação por utilidade pública e propor mudanças legislativas e gerenciais que visem adaptar o procedimento expropriatório, em sua fase administrativa, pré e pós-declaratória, aos cânones do Princípio Democrático, que também serão explorados neste trabalho.

A Administração Pública enfrenta um grande desafio: como adaptar instrumentos técnico-jurídicos de ação administrativa aos novos preceitos democráticos vigentes? Isso se torna mais emblemático, quando tratamos de instrumentos jurídicos que historicamente se estruturam em processos decisórios unilaterais, cujos contornos jurídicos foram desenvolvidos em épocas em que não existia esse novo sistema de direitos decorrentes da democracia, tal como ocorreu com o instituto da desapropriação.

Sob a vigência da Constituição da República de 1988 (CR/88), intensificou-se o debate doutrinário acerca da necessidade e dos benefícios da devida democratização de processos decisórios, em prol de uma participação ativa dos cidadãos em formatos institucionais que não se resumem à mera agregação de votos e à benção eleitoral.

De acordo com as *teorias deliberativas*, depara-se com o entendimento de que a legitimidade democrática das ações governamentais somente se concretiza através do choque de perspectivas e argumentos racionais produzidos por possíveis interessados e potenciais atingidos, os quais terão igual direito à participação em esferas públicas estruturadas e organizadas.

A “Deliberação Pública”, algo mais complexo do que a mera participação direta e agregação de interesses majoritários em pautas definidas, abrange um amplo debate em prol de uma racionalização pública das ações do Estado. A participação dos potencialmente envolvidos por uma decisão estatal, com base em critérios racionais de deliberação, juntamente com aqueles munidos das competências decisórias, em um complexo de arenas definidas e estruturadas, é uma concepção bem aclamada de uma visão contemporânea de democracia, consolidada sob o nome de *Democracia Deliberativa*.

Para ser “deliberativa”, a decisão estatal deve agir com a necessária reflexividade, de modo a incorporar os argumentos e pontos de vista dos potencialmente atingidos em suas razões decisórias. Isso demanda, não somente a institucionalização de procedimentos que permitam a razão pública reflexiva, como também, é necessário que a Administração Pública busque, instintivamente, mitigar os efeitos negativos das ações realizadas em benefício do interesse da coletividade, em um comportamento solidário e fraterno.

No campo do Direito, existem inúmeros estudiosos que defendem a existência de um Princípio Democrático¹ que rege as atividades dos gestores públicos. Este princípio é inerente ao próprio paradigma de Estado Democrático de Direito em que vivemos e se encontra expresso em várias passagens da Constituição da República de 1988 (CR/88)² e de leis esparsas em nosso ordenamento jurídico. Contudo, ainda não há uma simetria na delimitação da natureza jurídica desse princípio, bem como não está completamente reconhecido o seu papel nas competências decisórias da Administração Pública.

¹ Alguns, em certas ocasiões, o chamam de Princípio da Participação (DI PIETRO, 1993; MOREIRA NETO, 2001; PEREZ, 2004; MODESTO, 2005); outros – como preferimos – de Princípio Democrático (CANOTILHO, 1999; FREITAS, 2003; MAGALHÃES, 2011). Mas, como veremos, o Princípio Democrático vai além da mera participação. A atuação participativa é um meio para fazer valer obrigações decorrentes do Princípio Democrático.

² É o que subsume do *caput* do artigo 1º e seu inciso II: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania”. Há outras passagens no decorrer do texto constitucional que fazem referência à vigência do Princípio Democrático, tais como; o artigo 17, *caput*; artigo 23, I; artigo 34, VII, “a”; artigo 90, II; artigo 91, *caput* e §1º, IV; artigo 127, *caput*; artigo 134, *caput*; artigo 194, parágrafo único, VII; artigo 206, VI; artigo 215, §3º, IV; artigo 216-A, *caput* e §1º, X. Isso, sem mencionar diversas outras referências normativa em diplomas legais e infralegais de apontam para a necessidade de se preservar meios democráticos em processos decisórios.

Por outro lado, a Administração Pública brasileira se utiliza de instrumentos e procedimentos que ensejam decisões unilaterais no que tange ao exercício de certas competências institucionais, em total descompasso com preceitos democráticos previstos no ordenamento jurídico nacional.

A situação mais emblemática, e que despertou o interesse deste trabalho, é a competência desapropriatória do Estado, por motivo de utilidade pública. A desapropriação é um instrumento notoriamente invasivo à esfera dos direitos dos cidadãos de que o Estado se utiliza para perseguir interesses coletivos.

A CR/88 prevê a possibilidade de desapropriação, por utilidade e necessidade pública, e interesse social, desde que respeitado o direito à prévia e justa indenização em dinheiro (artigo 5º, inciso XXIV). A regra de prévia e justa indenização em dinheiro é excepcionada no próprio texto constitucional, tais como nos casos de desapropriação de imóvel urbano não edificado que recebeu o adequado aproveitamento, em desrespeito ao plano diretor municipal (artigo 182, §4º, III), bem como de imóveis rurais que não estejam cumprindo com sua função social, para fins de reforma agrária (artigo 184). Nessas hipóteses a justa e prévia indenização dar-se-á em títulos públicos resgatáveis em até dez anos e vinte anos, respectivamente. Há, ainda, o confisco de glebas utilizadas para o cultivo de plantas psicotrópicas ou que utilizam de trabalho escravo (artigo 243), quando não haverá indenização alguma.

A garantia de prévia e justa indenização em dinheiro é medida que visa resguardar o direito de propriedade que foi “adequado” em nome do interesse da coletividade – que demandou o uso do bem expropriado. Mas a preservação da propriedade mediante a prévia e justa indenização em dinheiro não torna o ato desapropriatório menos “agressivo” à esfera do particular ou o coloca, apenas por isso, em sintonia com deveres decorrentes do Princípio Democrático.

Para agravar esse contexto, existem entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que interpretam restritivamente essa garantia constitucional da justa e prévia indenização, considerando lícito que os proprietários sejam destituídos definitivamente do uso e gozo de seus bens, antes mesmo da efetiva disponibilização do equivalente monetário do bem expropriado.

O Decreto-lei nº 3.365/1941 prevê outras regras que deturpam o almejado caráter “garantidor” do instituto das desapropriações, dentre elas: (i) a proibição da inversão da gradação federativa na competência de desapropriação de bens públicos, impedindo que interesses públicos de unidades de governo “menores”, socialmente mais relevantes, prevaleçam sobre aqueles de unidades de governo “maiores”; (ii) a vedação de o Juiz, que julgar a ação de desapropriação, apreciar todo tipo de impugnação que possa invalidar a pretensão expropriatória, bem como a alegação de urgência que autoriza a imissão prévia na posse; (iii) a viabilização da imissão prévia na posse sem um procedimento sumário prévio que resguarde o valor da justa indenização e que ampare o expropriado na imediata aquisição de outro bem de igual valor e com os mesmos benefícios de fruição; (iv) a não consideração de direitos de terceiros, não proprietários, na justa indenização, inclusive os legítimos interesses de possuidores sem título; (v) a vedação à retrocessão, quando o bem expropriado for incorporado ao patrimônio do ente expropriante, quando não se tenha conferido qualquer finalidade pública a ele.

Esse cenário se agrava, quando se verificam relatos de desrespeito a direitos humanos e à dignidade de pessoas atingidas por desapropriações necessárias à realização de grandes obras de infraestrutura – especialmente para a Copa do Mundo 2014 e as que estão sendo executadas para as Olimpíadas de 2016³ – nas quais cidadãos, sem título de propriedade, são desprovidos de suas moradas e são relegados à situação de miserabilidade.

³Reportagem realizada pelo canal de televisão ESPN bem ilustra como as desapropriações para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016 foram e estão sendo realizadas sem a devida transparência e em total desrespeito aos direitos humanos, no que tange às remoções das pessoas atingidas. Nessa reportagem, o Procurador de Justiça do Rio de Janeiro, Sr. Leonardo Chaves relata: “qualquer negócio envolvendo a sua moradia, um prazo tem que ser dado para alguém sair [...] mas a Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro, no seu afã de destruir as comunidades – [...] eu estou me referindo [a comunidades] de 60, 70, 50 anos de existência – e que estão recebendo edital [...] em que a Prefeitura determina um prazo [...] de zero dia para desocupar área onde reside. Você vive na situação do Rio de Janeiro hoje uma total violência ao Estado Democrático de Direito”. Complementando a entrevista acima, o Prof. Miguel Baldez assim descreve a situação das remoções pelas desapropriações na cidade do Rio de Janeiro: “Eu cheguei a dizer aqui que vocês tratam o pobre [...] como era tratado o judeu durante o regime nazista, [...] é uma ação desumana [...], é uma ação inconstitucional, é uma ação, do ponto de vista ético, uma ação perniciosa. A situação política é tão grave ou mais grave do que eu vivi durante a ditadura [militar]”. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=d0CVZ6s1zNA>>. Acesso em: 12 set. 2014.

O que naturalmente ocorre é um real “sacrifício” do particular em prol do interesse público sem a correspondente comutatividade que o direito fundamental à isonomia exige: em prol do interesse público, o particular expropriado, muitas vezes em hipóteses de imissão antecipada (e definitiva) da posse, durante muito tempo, se encontra desprovido de recursos necessários à aquisição de outro bem de igual valor e com as mesmas condições de fruição daquele que se incorporou ao patrimônio público. Ou seja, durante um longo período de tempo, o expropriado, muitas vezes, é sacrificado em prol do interesse público, em função da compreensão doutrinária e jurisprudencial que se conferiu à regra constante no artigo 5º, XXIV, da CR/88, que prevê a garantia da previdência da justa indenização, a partir da interpretação literal da legislação infraconstitucional, editada em momento de recesso de legitimidade política.

O presente trabalho não pretende sustentar que o uso desse instrumento administrativo é algo que se deve evitar ou impedir. É inegável que a desapropriação integra o rol das ferramentas estatais essenciais para a concretização do interesse público.

O que se pretende demonstrar é que, à luz do Princípio Democrático, torna-se necessário (i) conferir uma interpretação às normas aplicáveis de forma mais condizente com o Estado democrático, bem como (ii) realizar um prévio e específico procedimento administrativo para que o interesse público possa ser democraticamente verificado. Neste ponto, entendemos que o atual marco legal das desapropriações por utilidade pública no Brasil (Decreto-lei nº 3.365/1941) precisa ser revisto, para a devida institucionalização de um procedimento administrativo de *verificação de utilidade pública*, anteriormente ao decreto de declaração de utilidade pública, de forma similar ao previsto na legislação imperial acerca do tema, mas, claro, com a devida adaptação ao atual ordenamento jurídico.

O Chefe do Poder Executivo, competente para expedir decretos de declaração de utilidade pública, pode considerar que determinado bem precisa ser expropriado para homenagear uma finalidade que se entende pública. Por mais que democraticamente legitimado no cargo, é possível que sua decisão não encontre sintonia com o real interesse da coletividade. Para suprir falhas representativas e, até

mesmo, cognitivas por parte do poder público, é útil e necessário criar instrumentos democráticos que permitam a legitimação da decisão estatal, sem que se extraia, da mencionada autoridade, a sua competência de declarar um bem como de utilidade pública. Conforme se defenderá neste trabalho, isso somente será possível por meio de um procedimento administrativo, anterior ao decreto de utilidade pública, que preze por preceitos de deliberação pública.

O presente trabalho, da área do Direito Administrativo, se amparou em uma abordagem *interdisciplinar*, pois propôs, como marco teórico, as *teorias deliberativas*, muito discutidas pela Ciência Política, para delimitar os contornos jurídicos do Princípio Democrático.

O estudo ora apresentado insere-se em uma vertente⁴ *jurídico-dogmática*, utilizando de investigações *jurídico-históricas*, com análise de legislações pretéritas, e *jurídico-comparativa*, pois, também realizou a análise crítica das desapropriações, à luz do Princípio Democrático, através de comparações com legislações históricas, normas aplicáveis para institutos semelhantes, diretrizes adotadas e recomendadas por instituições internacionais e pelo Direito Comparado. Para tanto, utilizou-se de dados primários (entrevistas, diplomas normativos nacionais e internacionais, documentos internacionais) e dados secundários (livros, artigos científicos, informações em mídia eletrônica).

Para que se possa analisar criticamente o instituto das desapropriações no ordenamento jurídico brasileiro, à luz do Princípio Democrático, o presente trabalho se pautou pela seguinte divisão:

Inicialmente, introduz-se o tema a ser abordado, os objetivos pretendidos, a metodologia utilizada e a estruturação do trabalho.

Já no desenvolvimento do estudo, *em um primeiro momento (Capítulo 2)*, para se analisar criticamente o instituto das desapropriações por utilidade pública, à luz do Princípio Democrático, é imprescindível objetivar o conteúdo jurídico dessa norma. Ou seja, é fundamental demonstrar os aspectos deontológicos do que vem a ser o chamado “Princípio Democrático”. Após adentrar em algumas abordagens teóricas

⁴ As vertentes aqui mencionadas são explicadas na obra “(Re)pensando a Pesquisa Jurídica”, de autoria da Prof.^a Miracy Gustin e Prof.^a Maria Tereza Fonseca Dias (2010, p. 21 *et seq.*)

realizadas pela doutrina administrativista acerca do tema, o presente trabalho pretende justificar a razão da adoção das teorias deliberativas, como referencial teórico, para se obter os preceitos jurídicos do Princípio Democrático. Em análise a essas teorias, o estudo ora apresentado proporá a delimitação dos aspectos jurídicos do Princípio Democrático, ainda nesse capítulo.

Em um segundo momento (Capítulo 3), é preciso compreender os fundamentos e a evolução do instituto da desapropriação por utilidade pública. Para cumprir com os objetivos propostos, tornou-se necessário explicitar as principais normas aplicáveis à desapropriação, antes da vigência do Decreto-lei nº 3.365/1941, desde a independência do Brasil, para melhor compreender e criticar as inovações trazidas pelo atual marco legal das desapropriações por utilidade pública. Isso será necessário para demonstrar que, à luz do Princípio Democrático, a legislação imperial, paradoxalmente, possui mais virtudes democráticas do que o Decreto-lei nº 3365/1941.

Em um terceiro momento (Capítulo 4), o trabalho irá efetivamente analisar todas as características antidemocráticas do procedimento expropriatório, tal como regulado pelo Decreto-lei nº 3.365/1941. Para tanto, mostrou-se necessário descrever brevemente o procedimento legal aplicável, bem como contextualizar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre diversas regras previstas. O presente trabalho buscará demonstrar que vários posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais precisam ser revistos, à luz do Princípio Democrático, como aqui proposto.

Em um quarto momento (Capítulo 5), mostrou-se necessário contextualizar o marco legal das desapropriações por utilidade pública com a legislação superveniente sobre desapropriações. Não se buscará analisar criticamente os novos institutos de desapropriação, como a desapropriação para fins de reforma agrária ou a desapropriação urbanística. Mas, a apresentação de algumas de suas características básicas se mostrou conveniente para evidenciar que as desapropriações por utilidade pública, regidas pelo Decreto-lei n 3.365/1941, continuam com os mesmos caracteres antidemocráticos.

Além disso, também no Capítulo 5, é oportuna a demonstração das principais características do procedimento administrativo pré-declaratório nas

desapropriações, para fins de reforma agrária. Com isso, buscou-se evidenciar que a Administração Pública federal se preocupou em institucionalizar algumas especificidades procedimentais, coerentes com os preceitos jurídicos do Princípio Democrático, na fase administrativa que precede a declaração de interesse social, por meio da Norma de Execução nº 95, de 27 de agosto de 2010, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Tal procedimentalização não se aplica às desapropriações por utilidade pública. Todavia, buscou-se compreender como seria possível “democratizar” o procedimento administrativo pré-declaratório, nas expropriações regidas pelo Decreto-lei nº 3.365/1941.

Em um quinto momento (Capítulo 6), o presente estudo buscou tecer reflexões sobre: (i) como democratizar o procedimento das desapropriações por utilidade pública, por meio da criação (ou repristinação) do *procedimento de verificação de utilidade pública*, em semelhança ao institucionalizado pela legislação imperial e; (ii) como a Administração Pública, à luz do Princípio Democrático, deveria conduzir a fase executiva das desapropriações por utilidade pública. Neste último ponto, o presente trabalho abordou os *Princípios do Equador*, um conjunto de diretrizes exigidas pelo *International Finance Corporation* (IFC), órgão do Banco Mundial, para países “não designados”, ou seja, aqueles que, para o IFC, não exibem uma robusta governança social e ambiental e carecem de um ordenamento jurídico e de capacidade institucional para proteger seu povo e o ambiente natural. Na América do Sul, o Chile é o único país inserido entre os “países designados”. Com razão, o Brasil é considerado por esse órgão internacional como um país que não possui uma legislação adequada para cuidar dos interesses de seu povo, em caso de desapropriações necessárias para a realização de obras de infraestrutura.

Com isso, o trabalho pretende discutir novos parâmetros para procedimentos de desapropriação, por utilidade pública, em respeito aos aspectos deontológicos do Princípio Democrático, para uma necessária e eventual reforma legislativa desse instituto.

2 A NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

2.1 O reconhecimento dos benefícios e da necessidade de democratização e ampliação da participação popular na Administração Pública

Há certo consenso na doutrina administrativista contemporânea quando o tema é a necessidade de democratização das instituições da Administração Pública em prol da ampliação da participação dos cidadãos nos processos decisórios.

Essa nova temática é abordada por diversos doutrinadores do Direito Administrativo cujas contribuições espelharam e influenciaram a reformulação de diversas práticas institucionais recentes, tais como: a maior importância do processo administrativo na atividade estatal, com previsão de canais participativos na instrução do processo decisório, mediante audiências e consultas públicas, instrumentos de cogestão e governança democrática em órgãos deliberativos de interesse social (saúde, previdência, educação, assistência social, etc.), a obrigatoriedade de participação da sociedade civil na elaboração do plano diretor, orçamento participativo, dentre inúmeras outras experiências institucionais.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 154) afirma que “a participação do administrado, quer na regulação, quer no controle, quer na execução de serviços cometidos ao Estado é a tônica da modernidade”.

A ampliação da participação dos cidadãos deriva-se do sentimento de que “a *res publica* lhe pertence e a modernidade lhe proporciona um impulso irresistível em prol da participação.” (FERRAZ, 2003, p. 143). Acrescente-se a isso, ainda, que “o descrédito da sociedade nas fórmulas tradicionais (formais) de exercício do controle sobre o poder, demonstra a necessidade de incremento desses novos canais participativos” como meio de “recuperação do déficit de legitimidade da ação estatal”. (FERRAZ, 2003, p. 146).

Com efeito, uma nova “ambição” participativa está presente entre os cidadãos, diante das limitações da democracia representativa, como mero sistema de autorização formal através das eleições, para o atendimento dos múltiplos interesses da atual sociedade pluralista, facilmente delineados pela nova “era da comunicação”.

(BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 39). Onofre Alves Batista Júnior (2007, p. 43), ao analisar os escopos do que chamou de “Estado Democrático de Direito (Eficiente, Pluralista, Participativo e Infra-estrutural)” pondera pela existência do “princípio democrático”, consagrado em nosso arcabouço constitucional, que “marca como perspectiva relevante a ideia de ‘democracia’ enquanto participação e aproximação da decisão administrativa dos administrados”.

Essa é a razão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993, p. 32) afirmar que o incremento da participação popular é uma característica que difere o Estado Democrático de Direito do paradigma do Estado Social, pois corresponde às “aspirações do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, da defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger”.

Segundo Cristiana Fortini Silva (2011, p. 58), não existe “democracia” se não houver aproximação entre o Estado e o cidadão, para o devido diálogo e ponderação com as informações e entendimento trazidos à esfera estatal. Para que o Estado possa ostentar a qualificação de “Democrático de Direito”, não apenas formalmente, “mas para que substancialmente possa ser adjetivado como tal, há de prestigiar a efetiva participação do particular na confecção e também na execução das normas jurídicas.” (SILVA, 2011, p. 58). Nesse sentido, Cristiana Fortini Silva deixa uma incontestável lição:

Só há democracia quando o cidadão abandona o posto de mero expectador das ações, para assumir a condição de auxiliar na construção das decisões político-administrativas, sobretudo aquelas que afetarão seus interesses. Democracia não rima com dominação, com isolamento do administrador público. Democracia não rima com o desprezo pelas informações que possam ser trazidas pelo cidadão, a fim de que seja adotada a solução ótima pela Administração Pública. Assim, só há democracia quando se ouve e quando se dialoga com o cidadão, permitindo-lhe influir nas deliberações administrativas. (SILVA, 2011, p. 59).

A intensificação da participação popular na Administração Pública é considerada como reflexo de uma “crescente imbricação entre interesses de todo o gênero nas sociedades contemporâneas”. (MOREIRA NETO, 2006, p. 79). Isso induz a criação de espaços comuns entre o público e o privado, nos casos em que se inserem

interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, o que valoriza o espaço público “por ampliar-lhe a prossecução, o fomento e a defesa, pela mobilização não apenas da vontade e dos meios do Estado, mas os de toda a sociedade convergente”. (MOREIRA NETO, 2006, p. 80). Esse autor afirma que:

[...] no horizonte perscrutável da instituição estatal, é de se esperar o prosseguimento da tendência à pluralização das instituições participativas, não só multiplicando-as e facilitando a aplicação das mais tradicionais, como sejam o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, como ampliando o uso das que estão despontando no campo do Direito Administrativo, como a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, o colegiado misto, as agências reguladoras e a mais recente delas, a delegação atípica, outorgada às chamadas entidades intermédias. (MOREIRA NETO, 2001, p. 14).

É válido dizer que a importância atribuída à participação popular decorre de deficiências da legitimidade representativa, qual seja, da definição duvidosa de qual a natureza vinculatória entre o “querer” do representado perante o representante eleito⁵. Esse fenômeno é conhecido como “crise da representação”. Segundo Luis Felipe Miguel (2003, p. 124), a crise disseminada da representação política pode ser sustentada sobre “três conjuntos de evidências relativas ao declínio do comparecimento eleitoral, à ampliação da desconfiança em relação às instituições, medida por *surveys* e ao esvaziamento dos partidos políticos”. O distanciamento entre a vontade do representante e os anseios dos representados aprofunda-se cada vez mais, principalmente quando estamos diante de uma sociedade plural.

É justamente por isso que Iris Marion Young (2006) entende que a participação é meio imprescindível para que o “poder representativo” possa fazer valer seu objetivo. Para que haja a representação de uma maneira mais fidedigna, segundo a autora, é necessário que haja a assimilação representativa em três aspectos: (i) *interesses*, (ii) *opiniões* e (iii) *perspectivas*. “*Interesse*” é aquilo que afeta ou é importante para os fins e horizontes que alguém almeja. *Opiniões* são princípios, valores, prioridades assumidas, que fundamentam e condicionam o juízo sobre quais políticas devem ser seguidas e quais fins devem ser buscados. *Perspectivas*, por sua vez, relacionam-se às experiências vividas, histórias, tradições de determinado grupo

⁵ Essa questão é muito bem exposta em trabalho realizado por Vanice Regina Lírio do Valle (2005).

social, que produzem diferentes visões sobre o mundo e podem determinar como certa pessoa irá interpretar as situações postas, influenciando, assim, as próprias opiniões e interesses. Portanto, para que possa haver representação dos interesses, opiniões e perspectivas, é importante que os representados se organizem, de modo a discutir suas concordâncias e diferenças uns com os outros e com os seus representantes, por meio de instrumentos institucionalizados. (YOUNG, 2006, p. 143 *et seq.*).

A ampliação dos direitos da cidadania, tal como o de participar das ações estatais e de monitorar seus resultados, é reforçada pelo reconhecimento de que a sociedade não é composta de uma massa homogênea, mas sim composta de uma pluralidade, cujos anseios e perspectivas discrepantes devem ser protegidos, em contraposição à “ditadura” da vontade majoritária e dos interesses da oligarquia técnica gestora da máquina pública. É o que se extrai do ensinamento de Maria Coeli Simões Pires:

A perspectiva de novas teorias societárias e de democracia, como as desenvolvidas por Habermas, que reconstróem e ampliam o conceito de sociedade civil para além do setor privado, projetando-o para a esfera pública, e que a emparelham com o Estado na defesa do público, às vezes até privatizado nos cantões da estatalidade, orienta a discussão acerca do papel do Estado a partir da ruptura com a tradicional dicotomia Estado-Sociedade e informa novo significado de legitimação. (PIRES, 2006, p. 148).

O incremento da participação popular não é somente um meio de trazer maior legitimidade à atuação estatal. Diversos autores defendem que a participação popular é instrumento que oferece benefícios para uma concretização mais eficiente dos objetivos da Administração Pública. É o caso, por exemplo, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 80 *et seq.*), segundo o qual a participação direta dos administrados nas ações governamentais não é medida que visa somente atender às reivindicações populares, mas serve, também, para “dinamizar a própria democracia representativa no sentido de torná-la mais eficiente em termos de resultados”.

No mesmo sentido, Marcus Augusto Perez (2006, p. 78) afirma que a ampliação de institutos de participação popular é “fator essencial para a eficiência das atividades de bem-estar que devem ser conduzidas pela Administração”, justamente porque proporciona uma “adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas

concretas, políticas ou programas que esta ajudou a formular, decidir e muitas vezes a executar”.

A questão foi bem tratada pelo autor em seu livro “*A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*”, ocasião em que Perez (2004) defende que um dos escopos da adoção, pelo ordenamento jurídico, de institutos de participação popular na Administração Pública é torná-la mais eficiente. Nesse sentido, os institutos de participação popular, no entender de Perez (2004, p. 78), conjugam-se com o *Princípio da Eficiência*, incluído de forma expressa no ordenamento constitucional brasileiro, já que “são instrumentos de colaboração entre a sociedade e a Administração, de abertura da Administração e de busca de consentimento e adesão dos administrados, cada vez mais necessários à eficiência administrativa”. Assim, a participação popular não é somente um meio que visa legitimar a atuação estatal, mas também racionalizar a busca dos fins públicos pela Administração.

Percebe-se que há certa congruência na doutrina administrativista com relação à ideia de que a Administração Pública atual não pode se estruturar e organizar de forma adversa a instrumentos participativos e discursivos nos processos de tomada de decisão. Enfim, aceitar essa base teórica é pressuposto para a compreensão das dimensões jurídicas do Princípio Democrático, qual o seu papel na função administrativa, porque e como determinados instrumentos administrativos – como a desapropriação – devem ser adaptados. É o que o presente trabalho buscará demonstrar, oportunamente.

2.2 A imprecisão da delimitação jurídica do Princípio Democrático na doutrina jurídico-administrativista

Ao defender a democratização de instituições estatais, a necessidade de ampliação da participação popular na Administração Pública e a existência do mencionado “Princípio Democrático”, verifica-se que grande parte da doutrina

administrativista busca induzir a interpretação de certas regras⁶, descrever institutos democráticos existentes e propor novos instrumentos administrativos mais adequados ao novo paradigma democrático de gestão⁷. Contudo muitos doutrinadores do Direito Administrativo não delineiam o Princípio Democrático, nem indicam as consequências jurídicas emergentes dele.

Várias abordagens teóricas que focam o estudo na democratização da Administração Pública realizam descrições críticas da realidade institucional existente. No entanto, esses enfoques doutrinários carecem de delimitação e sistematização acerca da natureza jurídica desse reconhecido “Princípio Democrático”, usualmente identificado por outros autores como *Princípio da Participação Popular*⁸. Para elucidar essa afirmação, é conveniente traçar algumas abordagens teóricas da doutrina administrativista que demonstram a imprecisão na definição da natureza do Princípio Democrático.

2.2.1 Natureza orientadora do Princípio Democrático

Dentre essas abordagens teóricas, é de se pontuar o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001) segundo o qual o Princípio de Participação Popular possui uma *natureza orientadora* e, não, propriamente jurídica. Conforme o autor, as mudanças verificadas na Administração Pública contemporânea decorreram de dois “mega-princípios” orientadores, a *eficiência* e a *legitimidade* que fizeram surgir dois outros princípios políticos: o Princípio da Subsidiariedade e o Princípio da Participação Popular.

O primeiro diz respeito a relação entre os níveis de concentração de poder e respectivos níveis de interesses a serem satisfeitos, consubstanciando-se em

⁶ Seria o caso, por exemplo, de trabalho realizado por Gustavo Alexandre Magalhães (2011). Segundo esse autor, um dos motivos pelo qual defende que a realização de convênios com entidades do Terceiro Setor, incumbidas de atividades de interesse público, não pode ser um ato discricionário da Administração Pública, é que isso afrontaria a isonomia e o Princípio Democrático. (MAGALHÃES, 2011, p. 386).

⁷ Por exemplo, é o que se pauta o trabalho do Onofre Alves Batita Júnior (2007).

⁸ Para o presente trabalho, “Princípio da Participação Popular” não se confunde com “Princípio Democrático”, mas decorre deste, na medida em que implica na adoção de instrumentos participativos necessários para atender a determinados preceitos do Princípio Democrático, como será demonstrado mais adiante.

mecanismos de descentralização política e cooperação, seja regional ou internacional. (MOREIRA NETO, 2000, p. 21). O Princípio da Participação Popular, por sua vez, “está diretamente relacionado à expansão da consciência social e ao natural anseio de influir de algum modo nas decisões de poder que repercutirão sobre as pessoas interessadas.” (MOREIRA NETO, 2000, p. 21). Esse princípio de natureza orientadora é a própria ampliação política da *cidadania*, fundamento do Estado Democrático de Direito e consagrado na própria Constituição da República de 1988, no *caput* do artigo 1º.

Apesar de incluir a participação popular como tema de interesse para o Direito Administrativo, Moreira Neto (2000) não chega a atribuir um caráter jurídico ao princípio. Contudo, identifica o *Princípio da Consensualidade* como um princípio jurídico “consectário da participação.” (MOREIRA NETO, 2000, p. 26). O Princípio da Consensualidade “leva à substituição, sempre que possível, da imperatividade pelo consenso nas relações Estado-sociedade e à criação de atrativos para que os entes da sociedade civil atuem em diversas formas de parceria com o Estado”. (MOREIRA NETO, 2000, p. 26)

José Joaquim Gomes Canotilho (1999) também atribui um *viés orientador* para o Princípio Democrático. Canotilho (1999, p. 282 *et seq.*) pondera que o Princípio Democrático implica necessariamente em Democracia Participativa, ou seja, na necessária estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas “possibilidades de aprender democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”. Nesse sentido o exercício democrático do poder compreenderia a necessidade de se desenvolver a dimensão participativa como integrador da dimensão representativa do Estado. Segundo o autor:

Com a consagração de uma inequívoca dimensão representativa do princípio democrático, a Constituição teve em conta não só a mudança estrutural desta dimensão nos modernos Estados, mas também a necessidade de dar eficiência, selectividade e racionalidade ao princípio democrático (orientação de “*output*”). Afastando-se das concepções restritivas de democracia, a Constituição alicerçou a dimensão participativa como outra componente essencial da democracia. As premissas antropológico-políticas da participação são conhecidas: o homem só se transforma em homem

através da autodeterminação e autodeterminação reside primariamente na participação política (orientação de “input”). Entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como otimização de participação, a Lei Fundamental <<apostou>> num conceito <<complexo-normativo>>, traduzido numa relação dialéctica (*sic*) (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e participativo. (CANOTILHO, 1999, p. 282 *et seq.*).

2.2.2 Princípio Democrático como princípio de organização da Administração Pública

Marcos Augusto Perez (2004), por sua vez, qualifica a participação popular como um *princípio jurídico de organização da Administração Pública*, mais do que um mero modismo das concepções democráticas. Segundo o autor, princípios de organização são aqueles que “importam na estruturação de processos formais de divisão de tarefas ou competências e de tomadas de decisão.” (PEREZ, 2004, p. 169). Por ser assim, o princípio da participação da sociedade na Administração Pública é um princípio de organização, pois “implica na estruturação de processos de tomada de decisão pela Administração Pública ou de divisão de tarefas entre a Administração e os administrados.” (PEREZ, 2004, p. 223).

Dessa forma, o Princípio Democrático, disposto expressamente no *caput* do artigo 1º, da Constituição da República de 1988, ao prever um Estado Democrático de Direito cujo poder “emana do Povo” (artigo 1º, parágrafo único), projeta uma série de outros princípios a ele correlatos, tais como o da igualdade, sufrágio universal, legalidade, dentre outros. No entender de Perez, tal característica estruturante também decorre do Estado de Direito, o qual se manifesta por meio de vários outros tantos princípios jurídicos, tais como o da legalidade, do devido processo legal, dentre outros. (PEREZ, 2004, p. 73).⁹

É inegável que o Princípio Democrático se espelha por meio de diversas outras normas existentes no ordenamento jurídico. Não é tarefa difícil identificar normas que emolduram o Estado com preceitos democráticos. Como visto, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, possuindo a

⁹ Outros exemplos de princípios de organização, segundo Perez, seriam o “princípio da especialidade, concernente à ideia de descentralização administrativa, e o princípio da hierarquia, que estrutura a relação de subordinação e coordenação existente entre os diferentes órgãos administrativos”. (PEREZ, 2004, p. 83).

“cidadania” como fundamento (artigo 1º, II, da CR88). Não só isto. A própria Constituição da República de 1988 deixa expresso que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (parágrafo único, do artigo 1º). A partir do fundamento básico do Estado Democrático de Direito, surgem os princípios da transparência, publicidade, motivação, governança social na seguridade social, entre outras normas.

O paradigma do Estado Democrático de Direito reconhece, portanto, os direitos da cidadania, ou seja, aqueles que colocam os cidadãos como partícipes das decisões estatais, por meio de instrumentos de delegação ou legitimação da competência decisória. Além de ser um ponto de partida (princípio de organização) na estruturação de processos de tomadas de decisão, não se ignora a existência de uma série de outras normas decorrentes desse princípio.

2.2.3 Caráter descritivo do Princípio Democrático

Vários doutrinadores, ao se depararem com o Princípio Democrático – ou, como prefere alguns, “Princípio da Participação Popular” – se preocuparam em realizar *descrições e classificações analíticas* de institutos jurídicos e organizacionais existentes, de forma a explicitar como tal norma se manifesta no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, Paulo Modesto (2005, p. 03), ao questionar o papel do Direito na análise dos “mecanismos de participação popular administrativa”, pontua que pode ser a (i) tarefa analítica de explicitar ou descrever os mecanismos de operacionalização de participação popular e (ii) especificar e criticar as insuficiências e contradições dos instrumentos existentes.

“Participar”, no sentido que se emprega, significa “intervir em um processo decisório qualquer” (MORÓN *apud* MODESTO, 2005, p. 01). Nesse sentido, Paulo Modesto apenas conceitua juridicamente o papel da participação popular na Administração Pública, entendendo-o como a interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo. (MODESTO, 2005, p. 02).

Assim, Modesto (2005) classifica a participação popular em duas modalidades: (i) quanto à eficácia de sua ação e (ii) quanto à natureza e a estrutura de sua intervenção. Quanto à eficácia da ação, a participação pode ser vinculante e não vinculante. A participação vinculante divide-se em institutos participativos decisórios, tais como a cogestão, ou condicionadora da decisão, como, por exemplo, conselhos administrativos que limitam a discricionariedade da autoridade pública decisora.

A participação não vinculante é representada por meros conselhos consultivos. Quanto à natureza e estrutura, a participação pode ser de natureza consultiva individual (p. ex. colaboração especializada), colegial (p. ex., conselhos consultivos) e coletiva (p. ex. audiências públicas). A participação pode ter ainda a natureza executiva, através de mecanismos de cogestão (conselhos de gestão) e autônoma (ex. organizações sociais, Organizações Não Governamentais, entidades de interesse público). (MODESTO, 2005, p. 06).

Essa análise classificatória e descritiva do papel da participação popular na Administração Pública também foi a contribuição oferecida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993), que faz alusão à clássica classificação da participação popular na Administração Pública em direta e indireta. A participação direta, segundo a autora, é aquela que ocorre sem a presença de intermediários eleitos, tais como o exercício do direito de ser ouvido através das consultas públicas e audiências públicas. A participação indireta é realizada através de intermediários, eleitos ou indicados, mediante a participação em órgãos de consulta e a participação através do Poder Judiciário.

Muitos outros autores, ao apreciarem o Princípio Democrático (ou Princípio da Participação Popular) e o papel da participação popular na Administração Pública, também buscaram realizar a mesma análise descritiva¹⁰ que, apesar de relevante, não é suficiente para a pretendida delimitação dos *aspectos deontológicos* do “Princípio Democrático” por este trabalho.

¹⁰ Seria o caso, por exemplo, de Marcos Augustos Perez (2004), em sua obra acima citada “A Administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública” que, na Parte III trata da “A Aplicação dos Institutos de Participação Popular na Administração Pública”. Também podemos citar o artigo de Cristina Andrade Melo (2014) no livro organizado em homenagem ao Prof. Florivaldo Dutra de Araújo que buscou demonstrar como o Princípio Democrático se revela no procedimento licitatório. Cita-se também o trabalho realizado por Goulard (2008).

2.2.4 Princípio Democrático como norma de eficácia plena?

Juarez Freitas (2003, p. 177) avançou nesse sentido e classificou o Princípio da Participação Direta como um *direito fundamental de eficácia plena*, não podendo se resumir a meras aberturas para discussão ou audiências públicas, mas sendo essencial “a conquista de autêntica verticalização inclusiva”. Segundo o autor:

Eis, com efeito, um dos mais fascinantes desafios dos juristas democratas, que não tentam reduzir (empalidecendo) a complexidade do sistema: fortalecer o princípio democrático, em sentido abrangente, com forte ênfase contemporânea à participação popular. (FREITAS, 2003, p. 170).

Freitas (2003) entende que, mesmo em casos em que há a necessidade de uma regulamentação de meios institucionais de participação do cidadão em decisões da Administração Pública, tal assertiva não deve afastar a total eficácia do Princípio Democrático. O autor afirma que a ausência de regulamentação “não deve representar óbice ao pronto acatamento do princípio da democracia direta, o qual, em qualquer caso (assim como ocorre em relação aos demais princípios), há de ser respeitado, nuclearmente, como dotado de eficácia”. (FREITAS, 2003, p. 186). E completa o autor:

Afinal, não por acaso, sustento que os direitos fundamentais, no núcleo essencial, são imediatamente eficazes e aplicáveis de modo improtelável. Ou não seriam direitos fundamentais, estruturadores do Estado Democrático.

[...]

Nessa ordem de considerações, todo aplicador precisa assumir que a exegese deve funcionar como enérgico anteparo contra o descumprimento de preceito fundamental, motivo pelo qual deve ser evitada qualquer interpretação que debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais. Em outras palavras, *a interpretação deve ser de maneira a levar às últimas consequências a “fundamentalidade” dos direitos, afirmando a unidade do regime dos direitos das várias gerações.* (FREITAS, 2003, p. 186 *et seq.*). (grifos do autor).

Para amparar suas conclusões, Freitas (2003) salienta uma decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que julgou procedente pedido formulado em Ação Direta de Inconstitucionalidade relativa a dispositivo de lei municipal que alterava plano diretor em função de:

[...] ausência de participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes. (FREITAS, 2003, p. 193).

Neste ponto, é de se ressaltar que há norma expressa na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que assegura a participação das entidades comunitárias na definição do plano diretor e das diretrizes gerais do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes (artigo 177, §5º). Em harmonia com isso, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), Lei que fixou diretrizes gerais de política urbana, prevê, em seu artigo 2º, II, a mesma obrigatoriedade de participação referida no artigo 177, §5º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. De toda forma, tal precedente configura em explícito reconhecimento do Princípio Democrático como um preceito constitucional de eficácia plena que não se resume a meras normas programáticas da Administração Pública. Isso, porque apesar da referência à “gestão democrática”, não há definição sobre os requisitos necessários para que se opere a almejada participação popular.

A doutrina administrativista oscila quanto às dimensões jurídicas do Princípio Democrático, que ora é apresentado como orientador de condutas estatais (PEREZ, 2004), um guia para futuras modificações legislativas ou, ainda, uma constatação da organização institucional do Estado Democrático de Direito. (CANOTILHO, 1999; MOREIRA NETO, 2000). Outros doutrinadores reconhecem sua existência e restringem-se a delimitar quais são as facetas resultantes do princípio no ordenamento jurídico, descrevendo e classificando institutos participativos existentes. (DI PIETRO, 1993; FREITAS, 2003; MODESTO, 2005; MELO, 2014). Isso, apenas para citar alguns autores, dentre inúmeros outros que utilizam esse tema para explorar seus objetivos acadêmicos propostos.

As abordagens teóricas apresentadas não são incompatíveis. Elas podem conviver harmoniosamente, pois não apresentam argumentos inconciliáveis. São frutos, na verdade, de metodologias teóricas ou objetivos diferenciados¹¹. Entretanto,

¹¹ A obra de Jacques Chevallier, por exemplo, “O Estado Pós-Moderno” (2009), visou traçar um panorama acerca da “dimensão das transformações que todos os Estados conheceram.”

para atender aos objetivos propostos por este trabalho – explorar e analisar criticamente o instituto jurídico das desapropriações por utilidade pública, tal como regulamentado pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, à luz do Princípio Democrático – reputa-se necessário delimitar as dimensões jurídicas do Princípio Democrático, enquanto um conjunto de normas a serem observadas pela Administração Pública, independentemente de eventuais regulamentações administrativas que possam ser realizadas.

Em que pese o louvável esforço teórico existente na doutrina administrativista para demonstrar a natureza e decorrências do Princípio Democrático, percebe-se que as conclusões apresentadas não solucionam a questão por completo, pois estabelecem implicações desse princípio-norma, mas não definem quais são os deveres concretos que recaem sobre a Administração Pública, independente de regulamentação.

2.3 Democrático como conceito jurídico indeterminado

A análise das implicações jurídicas do Princípio Democrático exige considerações acerca do núcleo semântico da palavra que o qualifica: *democracia*.

Como pontua Menelick de Carvalho Netto (2001, p. 218), o vocábulo “democracia” é considerada “óbvia” em nosso cotidiano e “exatamente porque óbvia, terminamos por não problematizá-la, supondo que todos atribuímos naturalmente a esse vocábulo o mesmo conteúdo semântico”. Todavia, Menelick (2001) afirma que:

Quando tematizada, no entanto, como ocorre com todos os termos pragmaticamente considerados óbvios sem que reflitamos sobre eles, ela se revela um imenso problema, uma vez que, no nível discursivo da linguagem, não há qualquer acordo acerca de sua significação, de seu conteúdo de sentido. (CARVALHO NETTO, 2001, p. 218).

(CHEVALLIER, 2009, p. 11). Obviamente, as discussões apresentadas sobre democracia participativa busca demonstrar a “enorme diversidade de modos possíveis de organização dos poderes” (CHEVALLIER, 2009, p. 213). Por outro lado, Perez (2004) ao descrever o Princípio Democrático, busca fundamentar a existência de institutos de participação popular na Administração Pública. Di Pietro (1993), por outro lado, em seu clássico artigo “Participação popular na Administração Pública”, preocupa-se em definir como se classificam as formas de participação popular na Administração Pública.

De acordo com Maria Coeli Simões Pires (2006), tem-se arraigada a ideia de que democracia se relaciona – ou deve relacionar-se – com o vocábulo *povo*. Além disso, tais acepções são representadas por uma variedade de noções desenvolvidas ao longo da história, o que torna mais complicada a revelação de seu verdadeiro significado. (PIRES, 2006, p. 142). Para tanto, a autora se ampara em Müller (2000 *apud* PIRES, 2006, p. 144), para quem o conceito de povo é encontrável apenas pela via do empirismo, o qual não pode ser resultado de uma abstração, mas sim de figuração da realidade¹².

De tal ordem do prestígio que se confere à “democracia”, seria um grande insulto “dizer a um governo que seu procedimento se aparta das regras democráticas do poder.” (BONAVIDES, 2011, p. 287). Porém, nada impede “o manifesto desespero e perplexidade com que os publicistas se interrogam acerca do que seja a democracia.” (BONAVIDES, 2011, p. 287). A significação exata do termo “democracia” seria, como pontua Vilfredo Pareto (PARETO *apud* BONAVIDES, 2011, p. 287), “mais indeterminado que o termo completamente indeterminado religião”¹³.

A conceituação de democracia variou durante a história humana, à medida que evoluíram as instituições políticas. Indubitavelmente, a democracia concebida na Grécia Antiga se difere da construída pós-Revolução Francesa, no paradigma do Estado Liberal, e esta se difere da que se concebeu no atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

A democracia da antiga civilização grega é historicamente notável, justamente pela visão de que todos os cidadãos de uma *polis* podiam participar de deliberações que afetassem seus interesses, numa espécie de democracia direta. Todavia, a antiga democracia grega se distancia substancialmente da atual concepção de um Estado democrático, pois não existia um sistema de direitos fundamentais que

¹² Diante de diferentes abordagens acerca da concepção terminológica do que vem ser democracia, Pires (2006) conclui: “Sob a influência paradigmática, a cidadania, orientada pelo mote da democracia em um nível discursivo da linguagem, deve ser considerada como resultado do processo participativo, pressupondo-se o cidadão sujeito e destinatário da construção democrática e, assim, liberto da artificialidade do tratamento de massa que o escraviza, enquanto o Direito deve ser compreendido como ordem aberta e inclusiva que projete a segurança compartilhada”. (PIRES, 2006, p. 146).

¹³ Paulo Bonavides (2011, p. 288) afirma que é considerável a variação das posições doutrinárias acerca do que legitimamente há de se entender por democracia. Para o autor “substancial parte dessas dúvidas se dissipariam, se atentássemos na profunda e genial definição linconiana de democracia: governo do povo, para o povo, pelo povo”. (BONAVIDES, 2011, p. 288).

protegessem as pessoas atingidas pelas decisões da *polis*. Além disso, a democracia direta da Grécia antiga era restrita. No sistema escravagista em que a sociedade antiga estava inserida, somente os homens (e não mulheres) livres (e não escravos) podiam participar das decisões. O que houve na Grécia antiga, foi uma “aristocracia democrática”, pois inexistia, de forma orgânica, “a tensão que preside, nos tempos modernos, às relações entre o indivíduo e o Estado.” (BONAVIDES, 2011, p. 289). Todavia, como experiência histórica, “a democracia direta dos gregos foi a mais bela lição moral de civismo que a civilização clássica legou aos povos ocidentais” (BONAVIDES, 2011, p. 292).

A democracia direta da Grécia antiga, em seus preceitos ideais, não poderia ser inserida na sociedade moderna de hoje, por questões de ordem prática. Como afirma Paulo Bonavides (2011, p. 293) “não seria possível ao Estado moderno adotar técnica de conhecimento e captação da vontade dos cidadãos semelhante àquela que se consagrava no Estado-cidade da Grécia [antiga]”. Seria inconcebível imaginar as questões públicas sendo discutidas e decididas consensualmente em uma praça pública na sociedade moderna. A democracia indireta, em *bases representativas*, seria, portanto, a solução encontrada para um governo democrático¹⁴.

No início do século XX, a *democracia semidireta* “gozou de indisputável prestígio, mormente após a Primeira Grande Guerra Mundial, durante a fase sensivelmente aguda de crise das instituições democráticas do ocidente”, atribuindo ao povo não somente a competência de eleger, mas também de legislar. (BONAVIDES, 2011, p. 296). Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se mais fortemente a valorizar o papel dos *partidos políticos*, em vista do arrefecimento de institutos semidiretos de democracia previstos no constitucionalismo contemporâneo. (BONAVIDES, 2011, p. 298). Mas, os partidos políticos foram logo desacreditados face ao “amadurecimento dos princípios da organização democrática.” (BONAVIDES, 2011, p. 298).

Dwight Waldo (2012), cientista político norte-americano, em meados do século XX, ao desenvolver uma teoria da Administração Pública democrática afirmou

¹⁴ Conforme explica Paulo Bonavides: “Na democracia representativa tudo se passa como se o povo realmente governasse; há, portanto, a presunção ou ficção de que a vontade representativa é a mesma vontade popular, ou seja, aquilo que os representantes querem vem a ser legitimamente aquilo que o povo haveria de querer, se pudesse governar pessoalmente, materialmente, com as próprias mãos”. (BONAVIDES, 2011, p. 295).

ser necessário definir o que vem a ser “democracia”. (WALDO, 2012, p. 382). Waldo pontua que “democracia” é mais do que um conjunto de instituições representativas, cujos integrantes são eleitos pelo povo, mas abarca necessariamente um conjunto de valores, tais como liberdade, igualdade e fraternidade. Segundo o autor:

Os estudiosos das instituições políticas se dividem em partidários da interpretação estrita e partidários da interpretação lata do conceito democracia. O falecido Professor E. M. Sait, em seu estudo sobre a democracia, publicado no livro *Political Institutions: A Preface*, oferece excelente tratamento da concepção estrita. Democracia, a seu ver, significa simplesmente o conjunto de instituições tais como as assembleias representativas, que, no passado, eram associadas a essa palavra.

[...]

O presente ensaio, entretanto, pressupõe a validade de uma interpretação ampla da democracia. Parte do princípio de que o seu significado essencial reside numa ética, num conjunto de valores. É bem verdade que se poderia advogar a causa de que a tríade, liberdade, igualdade e fraternidade proporciona, histórica e logicamente, a maior parte do conteúdo “real” da democracia; e que, sem esses conceitos, as assembleias representativas, os direitos civis, o sufrágio universal, a independência do judiciário e todos os demais aspectos da democracia contemporânea não teriam sentido. (WALDO, 2012, p. 382).

Por mais que a democracia somente poderá existir se inserida em um sistema de normas fundamentais – como relata Dwight Waldo (2012) – a mera preservação dos direitos à isonomia, liberdade, dentre outros, não será suficiente para atender aos anseios democráticos da atual sociedade pluralista – cujos interesses estão cada vez mais desconectados dos interesses de seus representantes. Ao cidadão interessa, atualmente, sentir-se partícipe da decisão estatal.

A tarefa de se definir o conteúdo jurídico do Princípio Democrático requer, então, a definição das implicações do vocábulo *democracia*, como marco conceitual. Se “participar” implica interferir em um processo decisório, quais condutas devem ser obedecidas para que o Princípio Democrático seja plenamente respeitado pela Administração Pública?

“Democrático” ou “participativo” são vocábulos jurídicos imprecisos, indeterminados. Como afirma Florivaldo Dutra Araújo (2006, p. 111), citando Creifelds, os conceitos jurídicos indeterminados são “aqueles cujo conteúdo não é

preenchido por uma delimitação fixa dos fatos, mas necessita a sua determinação no caso concreto, a propósito da aplicação do direito em relação a um dado pressuposto”.

Um conceito jurídico indeterminado, residente em um dispositivo legal, não oferece delimitação de uma conduta pré-definida. Porém, somente com a subsunção do caso concreto, o conceito “indeterminado” ganha “determinação”.

Assim, o conceito jurídico indeterminado é uma “imagem de síntese”, cuja imprecisão não se encontra “nos signos abstratos da comunicação, nem nos objetos concretos (coisas, fatos) que existem ou ocorrem, mas na subsunção aos signos desses múltiplos objetos que cotidianamente com eles desejamos indicar.” (ARAÚJO, 2006, p. 110).

A discussão dos conceitos jurídicos indeterminados tornou-se relevante para o Direito Administrativo em razão da indagação se tais conceitos implicariam, ou não, discricionariedade da Administração Pública. Sem pretender aprofundar este tema tão debatido e controverso, há autores, tais como Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a; 2006b), que defendem que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam discricionariedade da Administração Pública, pois a imprecisão terminológica trazida implica diferentes possibilidades de interpretação no caso concreto. Entretanto, para Bandeira de Mello (2006b) a alegada discricionariedade seria relativa, pois existiria somente fora das zonas de certeza positiva e negativa que o conceito jurídico indeterminado gera¹⁵.

Não se tem dúvidas de que a imprecisão dos termos trazidos em determinados comandos legais permite cogitar diversas hipóteses práticas de aplicação. Cita-se o exemplo da alegação de “urgência”, que permite a imissão prévia na posse no processo judicial de desapropriação: todos possuem ideias pré-definidas

¹⁵ É conveniente transcrever o entendimento do autor: “[A discricionariedade] É relativa, no sentido de que a liberdade acarretada pela circunstância de haver a lei se servido de expressões vagas, fluidas ou imprecisas não pode ser utilizada de maneira a desprender-se do campo significativo mínimo que tais palavras recobrem, isto é, das chamadas ‘zonas de certeza positiva’ e ‘certeza negativa’ nem do significado social imanente nas palavras legais das quais resultou tal liberdade. Referimo-nos a expressões tais como ‘notável saber’, ‘situação urgente’, ‘pobreza’, ‘comportamento indecoroso’, ‘reputação ilibada’, ‘ocorrências que comprometam sua situação econômica’, as quais, bastas vezes, são adotadas para caracterização dos motivos que facultam ou impõem a prática de determinado ato. Isto é, o agente público estará sempre ‘vinculado’ ao campo de certeza positiva e ao campo de certeza negativa abrigado nas palavras em questão, pois não está autorizado a fazer delas uma inteligência desarrazoada, arbitrária, distante do senso comum, libera do sentido corrente que necessariamente lhes terá de ser reconhecido em dado tempo e lugar”. (MELLO, 2006b, p. 4).

do que seria urgência diante de diversas situações que demandam rápida providência. Por mais que se consiga imaginar uma infinidade de situações urgentes, somente diante da ocorrência do caso concreto é que podemos definir, com base em critérios de razoabilidade, se o caso é urgente ou não. Independente de estar inserido, ou não, em “zona de certeza negativa ou positiva”, o que importa é saber se o conceito jurídico indeterminado existe, ou não, no caso concreto. Por exemplo, para vincular a Administração Pública é possível averiguar se algo é, ou não, “urgente”, ou se um procedimento expropriatório respeita, ou não, preceitos democráticos vigentes. Com base nisso, é possível estabelecer obrigações jurídicas para a Administração Pública com base em conceitos vagos, tal como o de “democracia”, bem como exigir, judicialmente, o cumprimento de contornos deontológicos de um determinado conceito jurídico indeterminado.

Por isso, entendemos que termos imprecisos contidos em comandos normativos *vinculam a atuação da Administração Pública*. Tal vinculação se percebe claramente em julgados que se fundamentam em princípios da moralidade, da eficiência, da finalidade legal, dentre outros.

Com efeito, à luz do caso concreto, o termo impreciso deve ser interpretado da melhor forma a atender à finalidade legal e isto implica uma limitação à liberdade decisória do aplicador, admitindo-se o controle pelo Poder Judiciário. Neste sentido, Florivaldo Dutra Araújo (2006) pontua que:

[...] não se pode caracterizar como hipótese de discricionariedade a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, que são expressões presentes em qualquer área do direito – e não peculiaridade do direito administrativo – e demandantes de interpretação, processo pelo qual o intérprete atribui à norma o sentido que entende o mais adequado para regular uma situação, segundo o método da razoabilidade. (ARAÚJO, 2006, p. 123).

A posição de Florivaldo Dutra Araújo (2006) não é voz isolada. Sob forte influência da doutrina alemã, o Direito espanhol, aqui representado por Eduardo García de Enterría e Thomás-Ramón Fernández (1997), costuma rejeitar a ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam em discricionariedade. Para Garcia de Enterría e Fernández, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados significa interpretar a lei para obter somente um resultado justo:

La aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una unidad de solución justa en cada caso. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1997, p. 449).¹⁶

A delimitação de um conceito jurídico indeterminado, com base no caso concreto, não significa interferir em critérios de pura conveniência da Administração Pública. Por exemplo, o Poder Judiciário deve intervir se entender que inexitem, no caso concreto, as razões de urgência apresentada. Porém, quando sobrevir uma situação urgente que demande uma atuação da Administração Pública, cuja conduta não seja previamente regulamentada, as providências a serem tomadas serão discricionárias, na medida em que não afrontem outras normas do ordenamento jurídico, tais como os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, finalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade etc.

Da mesma forma, é possível verificar, no caso concreto, se determinado procedimento decisório cumpre, ou não os preceitos decorrentes do Princípio Democrático. As medidas administrativas concretas a serem adotadas que visem respeitar esse princípio são discricionárias, quando não houver um regramento específico que delimite o procedimento. Neste caso, a definição das particularidades do procedimento poderá ser discricionária, mas a competência é vinculada, na medida em que esse procedimento deve respeitar parâmetros de conduta mínimos em obediência ao Princípio Democrático.

Assim, o Princípio Democrático possui uma finalidade e um comando o qual deverá ser verificado no caso concreto. A aplicação desse princípio não implica em liberdade volitiva ou interpretativa da Administração Pública. Diante do caso concreto, é necessário que a Administração Pública, com base em critérios racionais, deduza os caminhos necessários para que determinada decisão ou procedimento atenda ao Princípio Democrático. Para tanto, é necessário buscar o sentido e a função que

¹⁶ “A aplicação de tais conceitos ou a qualificação de circunstâncias concretas não admite mais do que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito. *Tertium non datur*. Isso é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação de um enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais somente permitem uma unidade de solução justa em cada caso concreto”. (Tradução nossa).

uma democracia deve ter na sociedade atual, para a conquista de legitimidade e efetividade das ações governamentais.

Mesmo diante de hipóteses concretas em que há dúvida acerca da obediência, ou não, ao Princípio Democrático, a análise das teorias mais atuais do que vem a ser democracia e como ela deve se efetivar no mundo de hoje, fornecerá subsídios para conferir consistência a esse conceito, ou ainda o conduzirá para uma zona de certeza negativa ou positiva, ensejando em vinculação de conduta, tal como prefere Celso Antônio Bandeira de Mello (2006b).

Para obter essa resposta, o presente trabalho considera imprescindível adotar, como marco referencial, as *teorias deliberativas*, desenvolvidas principalmente no campo da Ciência Política. É necessário compreender suas bases teóricas, a definição de Democracia Deliberativa e quais são os comportamentos e procedimentos que devem ser adotados para que uma decisão estatal se notabilize como fruto de uma construção democrática.

2.4 As teorias deliberativas como marco teórico de integração do Princípio Democrático

2.4.1 O ideal clássico de deliberação: a razão comunicativa e política deliberativa em Habermas

Para se compreender as teorias deliberativas, é conveniente tecer breves considerações acerca das concepções habermasianas da razão comunicativa, as quais serviram de base para o desenvolvimento dos preceitos e definições que caracterizaram a Democracia Deliberativa.

Jürgen Habermas concebe a razão comunicativa como alternativa à razão estratégica, manifestada através do “agir comunicativo”. Segundo seu entendimento, o agir comunicativo leva em consideração o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação. Com tal ideia, Habermas idealiza uma comunidade comunicativa ilimitada, no qual a validade de simples assertivas está relacionada com a facticidade da aceitação de seus preceitos por todos os participantes em um discurso:

é o que se refere à tensão entre facticidade e validade que pode ser detectada em qualquer ato de fala singular.

Desta forma, Habermas (1997a, p. 157) fundamenta a legitimidade das normas jurídicas, num Estado Democrático de Direito, relacionando-a ao processo racional e discursivo de sua produção, segundo o qual “podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos¹⁷, na medida em que estes participam de discursos racionais”.

Como corolário dos preceitos de sua razão comunicativa, Habermas (1997b) propõe a ideia de uma democracia deliberativa, ou melhor, “procedimental”, como prefere, cujo escopo é a institucionalização de procedimentos e formas comunicativas, com a necessária participação de todos os potencialmente atingidos. Para Habermas (1997b), tal procedimento democrático é o meio capaz de concretizar as inspirações sociais dos cidadãos, pois:

[...] somente após uma “luta pelo reconhecimento, desencadeada publicamente, os interesses [particulares] podem ser tomados pelas instâncias políticas responsáveis, introduzidos nas agendas parlamentares, discutidos e, eventualmente, elaborados na forma de propostas e decisões impositivas”. (HABERMAS, 1997b, p. 41).

A concepção habermasiana da razão comunicativa torna cogente a institucionalização de novos canais discursivos e participativos para que ocorra a devida deliberação racional entre cidadãos e agentes públicos, acerca da racionalidade e efetividade das ações governamentais. Isto, porque, como entende Habermas, sujeitos inseridos em uma interação comunicativa:

[...] tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto, pelo caminho de uma busca incondicional de fins ilocucionários. (HABERMAS, 1997a, p. 36).

¹⁷ Quando se diz “potencialmente atingidos”, pretende-se afirmar que se trata de pessoas que podem ser atingidas por uma futura decisão a ser posta em deliberação. Pode ser que ao final da deliberação, a pessoa “potencialmente” atingida não seja “efetivamente” afetada pela decisão resultante do processo deliberativo.

Habermas, ao contrário do que pensam muitos de seus críticos, não condiciona, a nosso ver, a legitimidade ao consenso absoluto. Há decisões e leis racionais que não foram frutos do consenso. A ideia de validade de um preceito enquanto consentimento de todos aqueles que participaram de discursos racionais é, na verdade, uma *premissa filosófica*: o choque de entendimentos e sua ponderação racional, através de uma devida procedimentalização, é um caminho que só poderá trazer mais legitimidade à decisão estatal, se comparado àqueles processos decisórios que não adotam tal mecanismo comunicativo.

É verdade que essa premissa teórica se pauta pelo entendimento de que o processo de deliberação pública ou legislativa deve se ater somente aos padrões racionais e na “autoridade” do melhor argumento em questões de interesse público. Conforme pontua Mansbridge *et al* (2010, p. 67), é por isso que Habermas defende que a Lei é uma expressão da razão, fruto do consenso de um debate público, em oposição à vontade individual.

Como corolário dos preceitos da razão comunicativa, Habermas (2006) defende a importância de uma política deliberativa, na qual as instituições estatais devem prezar pela “racionalização da dominação pública”, através do esclarecimento recíproco e da plena formação da opinião pública. Nesse sentido, Habermas afirma que:

O paradigma deliberativo oferece como seu principal ponto de referência empírica de um processo democrático, o qual é pressuposto para gerar legitimidade através de um procedimento de formação da opinião e da vontade que garante (a) publicidade e transparência para o processo deliberativo, (b) inclusão e igual oportunidade de participação, e (c) uma presunção justificada de resultados razoáveis (principalmente em vista do impacto sobre as mudanças de argumentos racionais de preferência). (HABERMAS, 2006, p. 413).

Portanto, segundo Habermas (2006), para que uma decisão estatal seja deliberadamente democrática, é necessário, primeiro, a procedimentalização, para que haja: (i) publicidade e transparência do procedimento deliberativo; (ii) a possibilidade de inclusão dos potencialmente atingidos pela decisão, garantindo igual oportunidade de participação e; (iii) a existência de uma decisão que é resultado da razão pública reflexiva.

A deliberação pública proposta por Habermas é conhecida como a *deliberação clássica*: no ideal clássico, indivíduos se inserem na deliberação com opiniões divergentes sobre o que é bom para o sistema político, mas depois de dar voz e ouvir as razões e opiniões divergentes, acabam convergindo para a melhor alternativa, todos pelas mesmas razões. (MANSBRIDGE *et al.*, 2010, p. 66).

Segundo Mansbridge *et al.* (2010, p. 66 *et seq.*), o ideal clássico de deliberação é insuficiente em um contexto político normalmente baseado na diversidade de opiniões e interesses, principalmente porque ignora, do conceito de deliberação pública, o interesse próprio do cidadão e também todas as demais formas de negociação que são utilizadas para compatibilizar interesses e opiniões divergentes.

2.4.2 As teorias deliberativas: a evolução do modelo clássico de deliberação

As *teorias deliberativas* representam uma *expansão* do ideal clássico de deliberação, concebida nos termos da razão comunicativa habermasiana. As teorias deliberativas fornecem um arcabouço teórico fundamental, de forma a integrar o conceito de *democracia*, na medida em que justificam a importância de se estruturarem as instituições estatais existentes em prol da ampliação de canais deliberativos, sempre em busca da legitimidade democrática das decisões proferidas em arenas específicas e estruturadas. A importância da deliberação pública, consoante as palavras de Carolyn Hendriks (2006):

[...] advém da rejeição de procedimentos decisórios baseados na agregação de votos ou na competição de interesses, dos quais resultam em resultados arbitrários e irracionais. Por outro lado, decisões coletivas advindas do modelo deliberativo de democracia são determinadas através de uma razão pública reflexiva. (HENDRIKS, 2006, p. 491).¹⁸ (tradução nossa).

A deliberação clássica habermasiana ampara-se em uma *concepção unitária de interesse público*: somente através da razão é que se atinge o bem comum. As

¹⁸ “The contemporary revival of deliberation stems from a rejection of decision procedures based on the aggregation of votes or the competition of interests, which often result in irrational and arbitrary outcomes. In contrast, collective decisions under the deliberative model are determined through reflective public reasoning.” (HENDRIKS, 2006, p. 491).

teorias deliberativas aqui referidas, por sua vez, evoluíram no sentido de uma *concepção pluralista de interesse público*: o processo de ponderação de argumentos razoáveis, mas divergentes, não irá gerar, sempre – por mais que seja o ideal – um único resultado consentido. (MANSBRIDGE *et al.*, 2010, p. 68).

Como aponta Valle (2005, p. 20), há um equívoco em simples argumentos que pretendem desmerecer a ideia do consenso na deliberação pública, sob a alegação de que ele nunca existirá em um contexto fático de uma sociedade pluralista. Mas isso se trata de um equívoco terminológico, pois “consenso é a formação de um sentido comum, de uma *communis opinio*, e não necessariamente a entusiasmada aprovação de todos os participantes do processo de deliberação.” (VALLE, 2005, p. 20). Nesse sentido, a autora afirma:

É certo que a diversidade entre as pessoas – acentuada agora com o pluralismo de etnias – tende a manter sempre presente uma zona de dissenso, de conflito, de divergência. Nem por isso, tal diversidade impede a formação de consenso em relação àquelas que possam ser uma decisão que, ainda que não a melhor – e nesse adjetivo pode residir o dissenso – sejam, contudo revestidas de um nível de aceitabilidade, na esfera da vontade coletiva, que supere uma eventual reprovação na esfera da vontade individual. (VALLE, 2005, p. 20).

Quando interesses e valores são inconciliáveis, as teorias deliberativas assumem que processos de deliberação pública não irão resultar em consenso na essência das razões apresentadas. Nestes casos, haverá uma definição do conflito, através de métodos não deliberativos e menos arbitrários de decisão, como o voto (regra da maioria), um acordo que ofereça concessões entre partes divergentes, ou mesmo através da decisão unilateral, administrativa, legislativa ou judicial, racionalmente justificada e considerando todos os demais “bons” argumentos apresentados. (MANSBRIDGE *et al.*, 2010, p. 68). Isso é o que ocorre quando se trata de conflitos entre valores e interesses religiosos e científicos, por exemplo, em pautas como o da legalização do aborto, da utilização de células-tronco, do casamento de homossexuais, dentre outros.

Nesse contexto, Jacques Chevallier (2009, p. 224) afirma que “os procedimentos formais próprios da democracia representativa tendem a ser reforçados por um momento deliberativo, situado em momento anterior”:

[...] antes que as orientações sejam decididas, conviria contornar as diferentes formulações dos problemas, explicitar as preferências e as rejeições dos atores sociais, evidenciar as zonas de aceitação e os terrenos de compromisso [...]. Com a introdução desse momento deliberativo, os representantes perdem o monopólio que lhes era tradicionalmente reconhecido sobre a função de deliberação: o Parlamento vê construir-se, fora dele e previamente à sua intervenção, um espaço de deliberação, paralelo e concorrente; aberto sem exceção a todos os interesses sociais, grupos organizados, mas também simples cidadãos, esse espaço permitiria assegurar a presença direta dos atores sociais no jogo político, independente do canal representativo. (CHEVALLIER, 2009, 224 *et seq.*).

Para Chevallier (2009, p. 225), o modelo deliberativo é fundado na crença de um direito de participação nas escolhas coletivas e a crença nas virtudes da discussão. Este último caso ocorre justamente porque “a discussão pressiona os participantes a justificar sua posição por meio do recurso a procedimentos de argumentação, a levar em consideração o ponto de vista do outro, enfim, a explorar as vias de um acordo.” (CHEVALLIER, 2009, p. 225).

O autor pontua que, ao conduzir “à busca do melhor compromisso possível entre os interesses presentes e orientada à busca do consenso, a deliberação seria, enquanto racionalização discursiva da decisão, garantia de sua legitimidade.” (CHEVALLIER, 2009, p. 225). Esse é justamente o objetivo dos procedimentos que prezam pela deliberação pública:

A instituição de procedimentos deliberativos é o produto conjugado de uma nova pressão proveniente dos próprios cidadãos, que pretendem ter voz no tema, obter uma influência sobre as escolhas coletivas e uma tomada de consciência quanto às políticas: o objetivo é de preencher o déficit de legitimidade ligado à crise da representação política e à desagregação dos modos corporativistas de expressão dos interesses sociais, de modo a assegurar uma maior eficácia da ação coletiva, pela tomada em consideração de anseios que eram até então excluídos do terreno de percepção do político. (CHEVALLIER, 2009, p. 225).

Deliberação Pública, portanto, não é decisão política, nos termos usualmente aceitos. Trata-se de um conceito bem mais amplo, que envolve a ponderação e discussão de uma decisão pública que possa nos afetar. E sua importância não está no conceito de união de interesses majoritários em procedimento de votação, este somente um instrumento de escolha política, mas sim na colocação de perspectivas e justificação de posições entre pessoas diretamente envolvidas em

determinado assunto, tais como os cidadãos e os gestores públicos, quando se trata da elaboração de uma ação governamental.¹⁹

Com efeito, como afirma Vanice Regina Lírio do Valle (2005, p. 16) “a pedra de toque no que concerne aos teóricos da democracia deliberativa consiste, em verdade, no reforço do elemento legitimador da estrutura interna da decisão”. E esse tema “põe por terra a velha pretensão da modernidade, de construção ou alcance de uma verdade absoluta, única e necessariamente com pretensão de generalização por intermédio de um procedimento racional, técnico-científico.” (VALLE, 2005, p. 16).

Na Democracia Deliberativa, uma decisão somente é coletiva quando emerge de arranjos de escolha coletiva que estabelecem condições de argumentação pública e livre entre “iguais”, que são governados pelas decisões. (COHEN, 1998, p. 186).

A racionalidade pública que decorre da deliberação vincula-se à conectividade reflexiva entre os cidadãos, que constroem juntos os seus anseios, sempre levando em consideração a perspectiva e interesses do outro. É a necessária “internalização das expectativas sociais”, a que se referia George Herbert Mead (1934), no começo do século XX, resultante de um processo de comunicação bem sucedido entre seus participantes.

O consenso absoluto de um ato estatal, portanto, não é o foco e o objetivo das teorias deliberativas, mas sim a discussão de expectativas e interesses dos potencialmente atingidos. Como pontua outra deliberacionista, Simone Chambers (2003, p. 309)²⁰, é o princípio da responsividade, ou *accountability*, que se deve procurar aprimorar nas instituições estatais²¹. E a Democracia Deliberativa é uma forma de governo em que cidadãos livres e iguais, e seus representantes, devem

¹⁹ Essa questão foi bem abordada em trabalho de minha autoria, intitulado “Os Conselhos Gestores de Políticas Públicas e a Democracia Deliberativa: limites e desafios para a consolidação deste instituto deliberativo.” (VALE, 2013a).

²⁰ Nesse sentido, a autora diz: “Deliberative democratic theory critically investigates the quality, substance and rationality of the arguments and reasons brought to defend policy and law. It studies and evaluates the institutions, forums, venues, and public spaces available for deliberative justification and accountability”. (CHAMBERS, 2003, p. 309).

²¹ Como bem ressalta Iris Marion Young (2006, p. 155), a participação está estritamente ligada ao processo de harmonização da legitimidade representativa e, por isto, deve haver uma participação intensa dos cidadãos para a efetivação dos processos de prestação de contas (*accountability*).

justificar reciprocamente suas razões e decisões, por meio de argumentos que sejam mutuamente aceitáveis e acessíveis a todos. (GUTMANN; THOMPSON, 2004).

São vários os benefícios que a ampliação de canais deliberativos podem trazer para uma democracia. Para Maeve Cooke (2000), os argumentos em prol da deliberação pública trazida pela literatura pertinente podem ser resumidos em cinco: (i) o reflexo na educação política dos cidadãos, ou seja, o aprimoramento das capacidades morais e intelectuais dos indivíduos participantes; (ii) o fortalecimento do sentido da comunidade; (iii) a justiça do procedimento, já que envolve uma troca discursiva entre pessoas iguais; (iv) o contributo para a racionalidade dos resultados democráticos e; (v) o significado para os ideais contemporâneos de democracia, tais como a propagação de uma visão contextualizada de autoridade, a valorização da autonomia e da publicidade e da igualdade moral. Cooke (2000) se partidariza mais com este último argumento, para quem o modelo de Democracia Deliberativa está mais articulado a alguns valores fundamentais do mundo ocidental contemporâneo.

De fato, para a teoria deliberativa não há dúvidas acerca da necessidade de ampliação dos canais de ponderação dos cidadãos sobre as ações governamentais. Lado outro, tal preceito vê-se incompatível com certas práticas decisórias unilaterais ainda remanescentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Leonardo Avritzer e Maria de Lourdes Dolabela Pereira (2005, p. 05) pontuam que, nos últimos vinte anos, vários “processos de democratização, de descentralização política e econômica e de Reforma do Estado fizeram-se acompanhar da emergência de novos atores públicos e privados na cena política”. E ainda completam que:

A política pública torna-se mais complexa com a multiplicação de atores e espaços de decisão e com a ampliação dos espaços de discussão e deliberação, o que preconiza um novo agir político, “uma partilha renovada de decisões e poderes institucionais [...] e uma nova ação social debatida, negociada, mais próxima dos cidadãos”. (AVRITZER; PEREIRA, 2005, p. 05).

Contudo, esse “novo agir político” está longe de ocorrer na prática. Não obstante a existência de um consenso teórico patrono da ampliação da participação dos cidadãos nas escolhas do Estado – seja pela captação da competência decisória ou

mesmo pela realização de procedimentos de legitimação da competência decisória – via de regra, tais recomendações teóricas não são condizentes com diversos instrumentos administrativos vigentes – dentre eles, as desapropriações por utilidade pública.

Para a real legitimidade democrática, é insuficiente pensar que a cúpula decisora da Administração Pública foi escolhida por representantes “legitimados” nas urnas, pois a eleição espelha um momento democrático e consubstancia somente um instrumento de escolha de governantes, dentre as opções políticas apresentadas.

Neste sentido, de nada adianta a representação política se ausente a participação ativa dos cidadãos na ponderação, racionalização e monitoramento da atuação dos agentes eleitos, ou melhor, a ampla deliberação pública sobre os posicionamentos e políticas a serem adotadas por eles, não apenas depois, mas antes de sua elaboração.

2.4.3 Ideais reguladores da democracia deliberativa e exigências mínimas para um procedimento deliberativo

A existência de um modelo deliberativo demanda, assim, a institucionalização de procedimentos que devem ser estruturados de tal forma que todas as pessoas interessadas e, principalmente, aquelas potencialmente atingidas por uma futura decisão estatal, tenham condições de apresentar seus argumentos e vê-los considerados tal como são os provenientes de órgãos públicos. (MANSBRIDGE *et al.*, 2010, p. 65). Trata-se do requisito da “mútua justificação”, essencial para que um procedimento decisório possa ser deliberativo:

Participantes em uma deliberação apresentam “considerações” que os outros participantes “possam aceitar” – considerações que são “convincentes” e “persuasivas” em face do outro e que “possam ser justificadas às pessoas que razoavelmente não concordam com elas”. Esse critério da mútua justificação se torna central no conceito de deliberação pública. (MANSBRIDGE *et al.*, 2010, p. 67)²². (tradução nossa).

²² Participants in deliberation advance “considerations” that others “can accept”—considerations that are “compelling” and “persuasive” to others and that “can be justified to people who reasonably

Como defende Hendriks (2006), para haver a deliberação pública de temas levados à decisão estatal, é necessário institucionalizar canais deliberativos em duas perspectivas: (i) tanto na “*macro*” concepção, qual seja, a que foca na *formação de opinião da esfera pública* sobre o objeto em deliberação, através de um complexo de “redes mutuamente entrelaçadas e sobrepostas e associações de deliberação, contestação e argumentação” (HENDRIKS, 2006, p. 493); (ii) como na “*micro*” concepção, justamente aquela em que se concentra na necessidade de se “definir e discutir a natureza de um procedimento deliberativo e sua condição ideal de realização” em um espaço deliberativo delimitado (HENDRIKS, 2006, p. 491), em vista de uma “produção de decisões coletivas com a participação de todos aqueles que serão afetados pela decisão ou por seus representantes.”²³ (HENDRIKS, 2006, p. 492).

Assim, a “mútua justificação”, pode ocorrer tanto em desenhos institucionais amplos, como conferências, fóruns de discussão, plataformas *on-line* de participação, bem como em procedimentos mais estritos, o que se verifica em um processo administrativo, audiências e reuniões individuais com o interessado, formatos cogerenciais, dentre outros.

Conforme defendido por correntes deliberacionistas, é fundamental que a Administração Pública valorize *públicos descentrados*²⁴ e crie mecanismos de atuação

disagree with them.” This criterion of “mutual justifiability” has become central to the concept of deliberation. (MANSBRIDGE *et al.*, 2010, p. 67).

²³ Hendriks (2006, p. 501) busca, ainda, compatibilizar as concepções micro e macro da democracia deliberativa, propondo um “sistema deliberativo integrado”, no qual tem grande importância as “esferas discursivas mistas” que, por sua vez, incentivam “atores que poderiam normalmente habitar os espaços macro [...] e micro [...] a entrar em contato com atores que normalmente são sub-representados em ambas as esferas”. (tradução nossa). No original: “[...] Crucial here are ‘mixed’ discursive spheres that combine formal and informal modes of deliberation. Mixed spheres also serve to connect the micro and macro deliberative worlds. They encourage actors who might normally inhabit macro spaces [...] and micro [...] to come into contact with actors who are typically underrepresented in both”. (HENDRIKS, 2006, p. 501).

²⁴ Ricardo Fabrino Mendonça (2014, p. 16) pontua que a teoria democrática de Habermas conduz a uma abordagem sistêmica que reconhece a importância de públicos descentrados. A contribuição “que muitos deliberacionistas atribuem a Habermas é o desenvolvimento de uma perspectiva sistêmica que busca conectar diferentes públicos em uma rede discursiva”. (MENDONÇA, 2014, p. 16). O autor completa que “uma esfera pública vívida é crucial, sendo que a vivacidade do debate público depende da existência de fluxos discursivos atravessando várias arenas” (MENDONÇA, 2014, p. 16). James Bohman (2007), expoente democrata deliberativo, também defende a importância de se existir “públicos” que se relacionam e se atravessam, de forma a aprimorar o trabalho reflexivo na deliberação pública: “Membership in these shifting publics is to be found in civil society in both formal and informal organizations that emerge to discuss and deliberate on the issues of the day. [...] The public must itself be embedded in an institutional context, not only to secure the conditions of

de uma esfera pública, que se engaje em um trabalho reflexivo e democrático. (BOHMAN, 2007). De acordo com tais acepções, é improfícuo o Estado conferir ampla publicidade às intenções governamentais e permitir o debate prévio de medidas, se não há um “*feedback*” institucionalizado, um mecanismo de ponderação de expectativas, pontos de vista, de interesses, de efetividade e conveniências sobre a política pública a ser decidida pela autoridade competente.

Para ilustrar como se poderia institucionalizar um procedimento deliberativo, Archon Fung (2004), amparado por preceitos das *teorias deliberativas*, apresenta oito interessantes recomendações (“receitas”), necessárias para se definir o desenho institucional ideal.

- 1º) deve-se escolher o *tipo de formato institucional* adequado para a referida deliberação. Esse formato pode ser, por exemplo: (i) *fóruns temáticos*, que abrangerão diversas vozes em um amplo debate sobre o tema e não poderia se configurar como mero canal de exposição de críticas e perspectivas – tal como ocorre frequentemente com audiências públicas – mas todas as alegações devem ser levadas a sério e discutidas (FUNG, 2004, p. 176); (ii) *conselhos consultivos participativos*, como os conselhos gestores, que possuem uma interligação mais íntima com os tomadores de decisão, econômicos ou estatais, método eficiente de transmitir preferências, após elas terem sido devidamente articuladas (FUNG, 2004, p. 176); (iii) *cooperação para resolução de problemas*, instrumento que prevê um “relacionamento contínuo e simbiótico entre o Estado e a esfera pública destinado a solucionar determinados problemas coletivos” (FUNG, 2004, p. 177) e; (iv) *governança democrática participativa*, que busca incorporar vozes dos cidadãos mais hipossuficientes nas decisões estatais, como forma de aumentar a equidade da legislação e das decisões de governo (FUNG, 2004, p. 177);

publicity, but also to promote the interactions among publics that is required for deliberative democracy”. (BOHMAN, 2007, p. 81).

- 2º) é necessário pensar em um melhor critério de *seleção e recrutamento de participantes*, que valorize a auto seleção voluntária, aberta a todos, preferencialmente com cotas representativas e incentivos governamentais, de forma a incrementar a participação daqueles em maior situação de desvantagem ou com menor disponibilidade de participação (FUNG, 2004, p. 178);
- 3º) é importante definir o *tema e escopo de deliberação*. Decisões estatais de maior impacto deverão ser precedidas de instrumento de deliberação pública mais alargada, enquanto decisões com implicações mais restritas devem buscar métodos de deliberação que abranjam todos os atingidos. Se o tema em debate for mais especializado, é importante a participação e assessoramento de *experts* no assunto, tais como representantes de órgãos acadêmicos ou econômicos experientes (FUNG, 2004, p. 178 *et seq.*);
- 4º) deve-se institucionalizar o *modo mais adequado de procedimento deliberativo* para a produção de decisões coletivas. Para que haja uma deliberação racional e, não, fruto de vantagens arbitrárias ou sobreposição de poder, deve-se permitir: (i) o acesso prévio à informação para a devida preparação dos argumentos a serem utilizados; (ii) a igualdade de condições e poderes para que aqueles mais “fracos” possam ter “voz” em iguais condições que aqueles mais “fortes”, mais influentes²⁵; (iii) a neutralização da retórica, para que decisões não sejam frutos da mera “arte da eloquência”, mas sim de ponderações racionais e; (iv) a existência de um conciliador ou mediador, imparcial, para que possa nivelar o campo do discurso (FUNG, 2004, p. 180);
- 5º) o propósito da deliberação demonstrará qual deve ser a *frequência das reuniões* a serem realizadas: se for um assunto específico, poucas

²⁵ Fung (2004, p. 180), nessa ocasião, diz: “os processos do ‘toma lá, dá cá’ de razões não podem ser justos, ausente este processo prévio de formação da vontade e desenvolvimento que move os indivíduos do silêncio à auto-expressão. Por exemplo, a mais importante contribuição da esfera pública em uma cidade latino-americana pode ser facultar a um morador da favela dar-se conta de e efetivamente avaliar seus auto-interesses racionais em saneamento básico, abastecimento e educação”.

reuniões ou mesmo uma reunião única pode ser suficiente; se forem temas que demandem uma governança participativa, o instrumento deliberativo deve proporcionar maior frequência de reuniões (FUNG, 2004, p. 181);

6º) deve-se buscar incentivar o *engajamento* dos participantes, buscando aqueles que podem ser mais afetados pela decisão. Os que “têm mais a perder”, despenderão maior energia psíquica e recursos para que as suas preferências sejam levadas em consideração pela decisão estatal (FUNG, 2004, p. 181);

7º) é importante adotar meios de empoderamento dos participantes que possuem menor poder de influência no processo deliberativo, com o devido cuidado, justamente para não excluir da deliberação a representatividade do discurso daqueles interesses majoritários (FUNG, 2004, p. 182);

8º) por fim, é importante criar mecanismos de *monitoramento* de decisões tomadas, justamente para se rever a qualidade e efetividade da implementação da escolha pública anteriormente realizada. Isso será essencial para que as próximas decisões não cometam os mesmos erros do passado. O aprendizado público não é o único benefício do monitoramento. A *accountability* também será favorecida, pois haverá uma maior pressão para a correta execução de decisões públicas passadas, bem como maior transparência da atividade estatal. Isso resulta, na visão de Fung (2004, p. 183), em aumento da legitimidade e confiança nas decisões estatais.

A adequada delimitação do instrumento deliberativo a ser adotado, no entendimento de Archon Fung (2004), contribuirá para a qualidade da governança democrática de diversas maneiras:

Um feixe de contribuições diz respeito ao caráter da participação em um minipúblico: a quantidade de participação, seu viés e a qualidade da deliberação. Um segundo grupo diz respeito à informação aos

representantes, à informação aos cidadãos e ao fomento das disposições e habilidades da cidadania. Um terceiro feixe conecta o público à ação estatal: a *accountability* oficial, a justiça das políticas e sua eficácia e sagacidade. Uma função final da deliberação e da participação pública é explicitamente política: a mobilização popular. Consideram-se as várias hipóteses de trabalho aproximadas, *ceteris paribus*, sobre como as escolhas de desenho descritas acima afetam a capacidade de um minipúblico de levar a cabo essas funções. Tais hipóteses conectam o desenho à consequência democrática e, assim, servem de guia ao exame empírico dos minipúblicos. (FUNG, 2004, p. 183).

As considerações de Archon Fung (2004) demonstram como é possível averiguar se um determinado procedimento decisório é, ou não, deliberativo e, portanto, democrático. Não é possível exigir, obviamente, um consenso absoluto acerca de determinado assunto antes de uma decisão – por mais que seja o ideal. As opiniões e preferências antagônicas são fundamentais na construção de uma decisão “democrática”, desde que elas sejam confrontadas institucionalmente, de diversas formas.

Opiniões, interesses e perspectivas opostas são características da sociedade plural em que vivemos. O antagonismo de argumentos é típico, tanto da deliberação clássica habermasiana, bem como das teorias deliberativas expandidas. Neste último caso, o fato de haver resultados não consentidos não significa que a decisão não seja legítima. Esta somente será legítima diante de um procedimento adequado, anteriormente à decisão, que possibilite a incorporação das visões, interesses e preferências nas razões de Estado, as quais devem, necessariamente, representar as razões do interesse público.

O desrespeito a preceitos mínimos pertinentes aos ideais deliberativos resultará, inevitavelmente, em uma *decisão antidemocrática*, mesmo que não se possa caracterizá-la como injusta ou equivocada em seu conteúdo. A função do Princípio Democrático não é analisar a justiça e razoabilidade de uma decisão já proferida, mas, sim, obrigar que futuras decisões sejam fruto da ponderação de argumentos, provindos de todos aqueles potencialmente atingidos. Para alcançar esse objetivo, é necessário obedecer a diversas regras de conduta, “descobertas” por esse campo teórico das Ciências Sociais (teorias deliberativas).

É verdade que não há uma simetria nas teorias deliberativas no que tange às formas de deliberação ideal e aos meios necessários para se atingir isso. Mas é possível identificar um campo de convergência teórica²⁶ que fornece parâmetros normativos mínimos de observância cogente pelo Estado, para que uma decisão seja democrática.

Com base nas teorias deliberativas aqui explanadas, pode-se concluir que uma decisão estatal será democrática, desde que haja a devida institucionalização, legal ou infralegal, de medidas que garantem, no mínimo, as condições de: (i) transparência e ampla publicidade de todos os atos estatais a serem levados à deliberação anteriormente à decisão; igualdade de condições de todos os participantes, o que inclui amparo no conhecimento técnico e político dos participantes; (ii) aprimoramento de procedimentos de justificação recíproca (“mútua justificação”) de argumentos, (iii) por meio de intimações para manifestação ou defesa e um “*feedback*” obrigatório e institucionalizado e; (iv) garantia de prestação de contas do resultado alcançado na deliberação, levando as questões discutidas para a sociedade civil.

2.4.4 Democracia e o ideal de solidariedade

Não há como preceituar os aspectos deontológicos da democracia, sem os desvincularem ao ideal de solidariedade. Como pontua José Afonso da Silva, “a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo [...]”. (SILVA *apud* PEREZ, 2009, p. 106). A solidariedade na função administrativa não é somente um objetivo da República, tal como expresso no artigo 3º, I, do texto constitucional vigente. Mas, trata-se de um preceito essencialmente ligado à ideia de deliberação pública.

O Estado democrático, como aquele que busca considerar todos os legítimos interesses em suas decisões, deve, portanto, ser reflexivo. Ser *reflexivo* é buscar enxergar os argumentos e pontos de vista daquele com quem se dialoga, ou seja, buscar incorporar seus anseios, para melhor tentar entendê-lo. O próprio

²⁶ “Zona de certeza positiva ou negativa”, como prefere Celso Antônio Bandeira de Mello (2006b).

procedimento deliberativo, se bem sucedido, deve promover a *conectividade reflexiva* entre os cidadãos, ou entre o “público” e o “privado”, para que a “deliberação pública” seja fruto da consideração das perspectivas e interesses do outro. Ou seja, é importante haver a internalização das expectativas sociais (MEAD, 1934), através de um processo discursivo bem sucedido.

Uma decisão estatal resultante de prévio procedimento deliberativo, legítima em vista dos fins públicos nela atribuída, mesmo que dissidente – especialmente por aqueles afetados em seus interesses egoísticos em razão dela – não deve ignorar o interesse do outro. Ou seja, a decisão estatal, de certo modo, deve sempre ser pautada pelo *altruísmo*. Mesmo decisões “agressivas” à esfera do direito do particular devem sempre ser realizadas, sempre que possível, em consideração ao interesse atingido por ela. Por isso que, em vista das concepções deliberativas, é fundamental observar os interesses da minoria, através de procedimentos contramajoritários²⁷, que afirmem esses direitos e possam fazer valer seus interesses.

Diante disso, o ideal de democracia nos leva a uma esfera de valores éticos. Dwight Waldo (2012, p. 383) pressupõe a validade de uma interpretação ampla da democracia, a qual “parte do princípio de que o seu significado essencial reside numa ética, num conjunto de valores”:

É bem verdade que se poderia advogar a causa de que a tríade, liberdade, igualdade e fraternidade proporciona, histórica e logicamente, a maior parte do conteúdo “real” da democracia; e que, sem esses conceitos, as assembleias representativas, os direitos civis, o sufrágio universal, a independência do judiciário e todos os demais aspectos da democracia contemporânea não teriam sentido. (WALDO, 2005, p. 383).

Nesse contexto, o ideal de solidariedade não emerge da moral, mas é sim, fruto de uma *construção dialógica da sociedade*, no que tange aos interesses

²⁷ Nesse contexto, é interessante mencionar Pierre Rosanvallon (2008) que defende que o fundamento da legitimidade da Corte Constitucional está relacionado com a ideia de “legitimidade de reflexividade” que apresenta, já que essa instituição tem o dever de corrigir as falhas democráticas proporcionadas por vontades majoritárias irracionais. Rosanvallon (2008), partindo da análise dos poderes que revestem a generalidade social, constrói o conceito de três novas figuras de legitimidade: (i) legitimidade da imparcialidade, ligada à ideia de generalidade negativa; (ii) legitimidade da reflexividade, associada ao poder da generalidade de freio; e (iii) legitimidade de proximidade, relacionado com a generalidade de atenção ao particular. Analisando o papel do princípio majoritário na democracia, conclui que a minoria também faz parte do povo, cujos anseios e direitos gerais devem ser concretizados na constituição e que a Corte Constitucional se incumbe a preservar.

individuais, pois evidenciará os limites da liberdade de cada um em face da harmonização de todos os interesses daqueles envolvidos em uma decisão. Nesse aspecto, a ideia de solidariedade está intrinsecamente ligada aos preceitos básicos do ideal deliberacionista. É consequência, portanto, do próprio conceito de democracia.

Nesse ponto, não há como afastar os ideais habermasianos da razão comunicativa para compreendermos a relação entre solidariedade e democracia. Segundo Habermas (1997a, p. 143), em “questões morais, a humanidade ou uma suposta república dos cidadãos forma o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que são do interesse simétrico de todos”. Se, em princípio, as razões decisivas devem poder ser aceitas por todos,

[...] a forma de vida “de nossa respectiva” comunidade política constitui o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que valem como expressão de um auto-entendimento coletivo consciente. (HABERMAS, 1997a, p. 143).

O discurso racional, na razão comunicativa, leva os participantes da deliberação a uma consciência moral das perspectivas do outro. E as considerações morais exigem uma perspectiva distanciada de todo ego ou etnocentrismo, caso em que “sob o ponto de vista moral do igual respeito por cada um e de uma consideração simétrica dos interesses de todos, as pretensões normativas de relações interpessoais legitimamente reguladas passam a ser problematizadas.” (HABERMAS, 1997a, p. 131).

Por isso, quando tradições culturais e processos de socialização tornam-se reflexivos, cria-se a “consciência da lógica de questões éticas e morais, embutidas nas estruturas do agir orientado pelo entendimento.” (HABERMAS, 1997a, p. 131 *et seq.*). Assim, Habermas (1997a, p. 132) pontua que:

A conduta consciente da vida da pessoa singular mede-se pelo ideal expressivista da auto-realização, pela ideia deontológica da liberdade e pela máxima utilitarista da multiplicação das chances individuais de vida. Ao passo que a eticidade de formas de vida coletivas mede-se, de um lado, por utopias de uma convivência não-alienada e solidária no horizonte de traduções assimiladas conscientemente e continuadas criticamente, de outro lado, por modelos de uma sociedade justa, cujas instituições se configuram de modo a regular expectativas de comportamento e conflito no interesse simétrico de todos os atores; uma variante disso são as ideias do aumento e

distribuição justa da riqueza social, cultivadas no Estado do bem-estar. (HABERMAS, 1997a, p. 132).

Em razão disso, tendo em vista que o discurso é estruturado de forma idealista, com base em critérios morais, a estrutura normativa deve se adequar aos interesses e perspectivas de todos os cidadãos. Segundo Habermas (1997a, p. 133):

Argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal - sob pena de dissonâncias cognitivas - bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos, como de coletividades. Essas idéias de autodeterminação e de auto-realização não se coadunam entre si com facilidade. Por isso, as respostas do direito racional às modernas idéias de justiça não tiveram o mesmo eco encontrado pelos ideais de vida. (HABERMAS, 1997a, p. 133).

Sem o ideal de solidariedade não é possível cogitar de uma decisão pautada pelo autoentendimento entre todos os potencialmente atingidos. Como manifestou Habermas (2001, p. 67), “tal dissolução da solidariedade deve destruir, a longo prazo, uma cultura política liberal da qual a autocompreensão universalista das sociedades composta democraticamente não pode prescindir”.

Emerson Gabardo (2009, p. 187) considera que a construção teórica habermasiana “é bastante interessante no sentido normativo de conceber uma nova forma de entendimento da relação entre o Estado (a pátria) e a sociedade civil”. E completa:

Este posicionamento conduz ao abandono de uma concepção ‘estatística’ da democracia, rumo a uma visão em que possam ser realizadas as condições de ‘pertencimento moral’ do povo como um todo. Pertencimento que possui um importante caráter relacional (requer a participação do indivíduo nas decisões coletivas, destaque à liberdade de expressão, e ainda, reciprocidade entre os partícipes, pois ninguém se sente membro da comunidade se não é tratado como tal). Uma sociedade em que a maioria não se preocupa com as minorias é ilegítima e injusta. (GABARDO, 2009, p. 187).

De acordo com os ideais da razão comunicativa e da ética do discurso, é necessário que toda decisão estatal, resultado de um procedimento deliberativo,

preserve o interesse do outro, de forma solidária, efetuando a divisão de todos os ônus provocados por decisão resultante de um procedimento de deliberação pública²⁸.

A decisão democrática tem que evidenciar seu compromisso com aqueles a serem potencialmente atingidos por ela. Uma faceta desse compromisso é o direito a reparação por prejuízos ocasionados por uma decisão justa, legítima e proferida em prol do interesse de toda a coletividade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, esse direito é decorrência lógica da “equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos”, obrigação decorrente do princípio da igualdade, pedra angular do Estado de Direito. (MELLO, 2006a, p. 961).

O papel de primar pela igualdade, em um contexto democrático, justifica afirmar que o Estado deve garantir o tratamento equânime da sociedade, reconhecidamente heterogênea. A atuação estatal não se inicia aonde finaliza a atuação do particular – como afirmam defensores do Princípio da Subsidiariedade. O cidadão pode cooperar com o Estado na busca pelo interesse público, mas para resguardá-lo, o Estado deve garantir o tratamento equânime entre os mais diversos interesses da coletividade, principalmente dos interesses minoritários, que não somente devem ser tolerados, como também amparados institucionalmente.

Nesse contexto, o ideal de solidariedade, típico do Princípio Democrático, aponta, no entender de Jacques Chevallier (2009, p. 81) uma ruptura com a concepção tradicional de igualdade, em prol de um *princípio da equidade*: “tomando em conta as disparidades existentes entre os indivíduos e os grupos e se esforçando em corrigi-las – caso preciso, por meio de discriminações positivas, pelas quais se outorga mais àqueles que têm menos”.

A lógica da solidariedade é inerente ao Estado protetor e traduz a ideia de assunção de certos riscos sociais pelo conjunto da coletividade. (CHEVALLIER, 2009, p. 80). A solidariedade evidencia-se, no contexto estatal, nas suas funções *assecuratórias*, especialmente na seguridade social. Nessa seara, a doutrina e jurisprudência reconhecem a importância do princípio da solidariedade na estruturação

²⁸ Nesse sentido, Habermas já afirmou que: “uma regulamentação da sociedade mundial desencadeada exige políticas que distribuam os prejuízos. Isso só será possível com base em uma solidariedade cosmopolita até o momento inexistente que, sem dúvida, terá uma qualidade de ligação mais fraca que a solidariedade civil surgida no interior dos Estados nacionais”. (HABERMAS, 2001. p. 71).

da seguridade social, principalmente para reafirmar obrigações contributivas, independente da fruição de benefícios²⁹. Em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, estendeu a imunidade de impostos, prevista no art. 150, VI, “c”, da Constituição da República de 1988, para as contribuições incidentes sobre instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos, com base no princípio da solidariedade³⁰, em um sentido inverso, já que são entidades que colaboram com os fins precípuos do Estado.

É de ressaltar que, por mais que possa ser relacionada aos parâmetros do Estado Social, a solidariedade não é somente uma avaliação qualitativa de políticas afirmativas. É, antes de tudo, o reconhecimento de que o Estado deva ser reflexivo, no sentido de que deve buscar a consolidação de um “sujeito coletivo”, em detrimento da valorização do individualismo. O reconhecimento do pluralismo de interesses da sociedade moderna exige um certo “enfraquecimento da subjetividade, ‘um abandono do Eu’, na busca por uma espécie de renovação do ser, que se tornaria pluripessoal, ou ainda, suprapessoal.” (GABARDO, 2009, p. 187).

O ideal de solidariedade não se confunde com ações de cooperação mútua, ou associativismo de interesses, o que não seria algo novo. Pelo contrário, o associativismo de interesses pode levar à negação de demais interesses, ou seja, à intolerância e ao desrespeito de minorias. A ideia de coletividade, enquanto consideração aos interesses do outro, induz à solidariedade como contraposição aos interesses egoísticos e à desconsideração dos interesses minoritários quando da tomada

²⁹ Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que “o princípio da solidariedade se presta a universalizar o âmbito de potenciais contribuintes, mitigando a referibilidade que é própria das contribuições” (ARE 672673 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 18 jun. 2014). No julgamento do RE nº 430418 decidiu que “o princípio da solidariedade faz com que a referibilidade das contribuições sociais alcance a maior amplitude possível, de modo que não há uma correlação necessária e indispensável entre o dever de contribuir e a possibilidade de auferir proveito das contribuições vertidas em favor da seguridade” (RE 430418 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 06 mai. 2014).

³⁰ O Supremo Tribunal Federal assim decidiu: “18. Instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos são entidades privadas criadas com o propósito de servir à coletividade, colaborando com o Estado nessas áreas cuja atuação do Poder Público é deficiente. *Consectariamente, et pour cause*, a constituição determina que elas sejam desoneradas de alguns tributos, em especial, os impostos e as contribuições. 19. A *ratio* da supressão da competência tributária funda-se na ausência de capacidade contributiva ou na aplicação do princípio da solidariedade de forma inversa, vale dizer: a ausência de tributação das contribuições sociais decorre da colaboração que estas entidades prestam ao Estado” (RE 636941, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2014, DJe 04 abr. 2014).

de decisão que vise resguardar o interesse “da maioria”. Por isso, a solidariedade “não é resultado de um mero reconhecimento social, mas possui necessária função normativa determinada objetivamente pelas escolhas democráticas efetuadas e consagradas no modelo social de Estado adotado.” (GABARDO, 2009, p. 191). A solidariedade é, portanto, diretriz necessária para as decisões da Administração Pública, as quais devem atender integralmente o bem-estar de todos os cidadãos. O bem-estar de todos é, inclusive, um objetivo da República, conforme dispõe o artigo 3º, IV³¹, da Constituição da República de 1988.

É interessante a relação que Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2012) promove entre a boa administração e o exercício solidário de seus deveres. Segundo o autor, para que a liberdade intrínseca de cada cidadão possa ser realizada, é imprescindível que a liberdade do outro também deva ser considerada: “O bom governo, ou a boa administração, há de visar precisamente à geração desse ambiente no qual cada cidadão possa exercer sua liberdade de forma solidária.” (MUÑOZ, 2012, p. 47). A participação cívica que o cidadão deve possuir em um Estado democrático resulta, para Muñoz (2012, p. 49) inevitavelmente em cooperação cidadã, e, portanto, em solidariedade, pois “participação é sempre ‘participação com’”:

[...] a liberdade no plano moral é em última instância uma conquista, um êxito pessoal; se a participação na vida pública seja pelo procedimento e no âmbito que seja, só pode ser consequência de uma opção pessoalmente realizada; a solidariedade é constitutivamente uma ação livre, só pode ser compreendida como um ato de livre participação.

A solidariedade constitui, ademais, um instrumento para compreender o alcance da liberdade, no sentido em que aqui falamos de liberdade. [...] uma concepção de liberdade desconectada da solidariedade é antissocial e derivadamente cria condições de injustiça. Nesse sentido, a liberdade, sendo um bem primário, não é um bem absoluto, mas sim um bem condicionado pelo compromisso social necessário, inevitável, para que o homem possa realizar-se plenamente como homem. Dito de outra maneira: se é possível afirmar-se que o homem é constitutivamente um ser livre, na mesma medida é constitutivamente solidário. Sua grande opção moral é viver livre e solidariamente. (MUÑOZ, 2012, p. 49).

³¹ Constituição da República de 1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Por isso que, no entender de Muñoz (2012, p. 51), “as ações políticas têm valor na medida em que valem para o desenvolvimento humano”. O homem deve ser o centro da ação estatal em uma democracia, pois que, por ser o governo do povo, todos devem ter seus anseios levados em consideração na praxe política. Conforme pontua Muñoz:

O governo e a Administração Pública não podem se reduzir, pois, à simples articulação de procedimentos, como se este fosse um de seus aspectos mais fundamentais; o governo e a Administração Pública devem partir da afirmação radical da preeminência da pessoa e de seus direitos, à qual os poderes públicos, alijados de toda tentação de despotismo ou de autoritarismo, devem se subordinar. (MUÑOZ, 2012, p. 51).

A solidariedade é um dever decorrente de um Estado democrático, em que se busca homenagear a razão pública reflexiva, ou seja, que se conecta reflexivamente com os interesses e perspectivas de cada cidadão, inclusive os minoritários e aqueles que vão ser atingidos por uma ação estatal. Esse preceito, essencial à ideia de democracia, demanda que o interesse público seja realizado sem desconsiderar legítimas expectativas individuais, mesmo que não particularizadas por regras. Por isso, o princípio da solidariedade reflete não somente uma atuação protetora e assecuratória do Estado, mas deve orientar a mitigação de efeitos negativos ocasionados por uma ação administrativa.

Dela não se resulta somente políticas inclusivas e positivas (como a política de cotas sociais e raciais no acesso a universidades e em cargos do poder público, por exemplo), mas, principalmente, torna obrigatório que o Estado se responsabilize pelos legítimos interesses frustrados por ações administrativas, como, por exemplo, a assistência na realocação de possuidores sem título que precisaram ser removidos em função da execução de obras necessárias ao interesse público. O respeito mútuo àquele que é afetado pela decisão demanda observar, na ação estatal, as legítimas expectativas do atingido.

2.5 Balanço: as dimensões jurídicas do Princípio Democrático conforme as teorias deliberativas

Assim, a compreensão das teorias deliberativas permite estabelecer parâmetros deliberativos mínimos para que *democracia* - enquanto a possibilidade de participação dos cidadãos em uma futura decisão estatal que irá afetá-los - possa estar presente nas atividades da Administração Pública. De fato, para que a atividade decisória da Administração Pública possa ser democrática, consoante os preceitos da Democracia Deliberativa, é indispensável a presença de *cinco* requisitos³²:

- I) *amplo acesso às informações por parte de todos os cidadãos, respeitadas as diferenças socioeducacionais e econômicas entre eles*: a ampliação do acesso à informação das ações governamentais aos cidadãos, amparada por assessoria técnica e jurídica, se necessário, é medida imprescindível para que se possa iniciar o processo de entendimento e possibilitar a argumentação racional e deliberativa acerca da futura decisão estatal. Para tanto, possibilitar o acesso não é suficiente. Deve-se também facilitar a obtenção da informação mediante ampla divulgação em mídia eletrônica e de grande circulação;
- II) *obrigatoriedade de justificação de posições e decisões estatais*: a justificação administrativa possibilita o entendimento e o controle, por parte dos cidadãos, acerca dos motivos fáticos e jurídicos que resultaram em um ato estatal. O exame coletivo dos motivos das ações e políticas dos gestores públicos é medida importante para incrementar o *accountability* e, portanto, a legitimidade da ação estatal, através do conhecimento coletivo das razões que ensejaram um determinado ato. Além disso, a justificação é imprescindível para a realização das

³² A delimitação dos preceitos deontológicos relativos ao Princípio Democrático foi abordada no trabalho, de minha autoria, intitulado “O unilateralismo decisório da Administração Pública, deliberação pública e o princípio democrático – Reflexões acerca da natureza jurídica do princípio democrático” (VALE, 2013c). Todavia, leituras mais aprofundadas acerca do tema nos convenceram a incluir a solidariedade como outro aspecto normativo decorrente da natureza jurídica do princípio democrático.

ponderações e argumentações, por parte dos cidadãos, o que pode resultar em melhor alinhamento do comportamento do Estado com o interesse público. Observa-se que o dever em justificar suas decisões é cogente também para que seja possível ocorrer a *razão pública reflexiva*, pois se a Administração Pública não apresentar as suas razões decisórias, não serão possível a ponderação e argumentação por parte dos cidadãos;

- III) *fonte importante de informações aos gestores públicos*: diferentes tipos de formatos institucionais de deliberação pública, tais como fóruns educativos e conselhos consultivos, audiências públicas, procedimentos de cogestão, dentre outros instrumentos de governança democrática, se prestam a informar e prestar esclarecimento aos administradores públicos acerca de valores, perspectivas e preferências dos cidadãos. Por outro lado, tal mecanismo é ainda uma forma de aprendizado sobre as próprias orientações e estratégias de gestão. Portanto, é preciso haver procedimentos para que o cidadão interessado possa ser escutado e compreendido acerca de suas preferências, perspectivas e reivindicações e que tais informações sejam processadas em prol da melhor persecução da finalidade da lei. Enfim, conhecer os anseios populares não é só uma forma de incrementar a legitimidade das decisões estatais, como também, uma via para dar efetividade ao interesse público que o Estado se prestou a perseguir;
- IV) *procedimentalização de mecanismos para a ponderação, discussão e contestação de argumentos públicos*: de acordo com os preceitos deliberativos, não há razão pública reflexiva se os argumentos contrários, entre os cidadãos e os gestores públicos, não possam ser considerados e debatidos em arenas específicas e estruturadas. Com efeito, para fazer valer o Princípio Democrático, é necessário que a Administração Pública crie e possibilite mecanismos institucionalizados promovendo a discussão de expectativas e interesses dos potencialmente atingidos por determinada e futura decisão administrativa: (i) seja em um nível macroadeliberativo, como ampla publicidade de projetos públicos com

toda a disponibilização de informações em sítios eletrônicos, em jornais de grande circulação, em *e-mails* cadastrados (“*PUSH*”) ou, dependendo da relevância, em publicidade em canais de rádio e televisão; (ii) seja em um nível mais amplo de microdeliberação, como conferências, fóruns temáticos e audiências públicas; (iii) seja em um nível mais restrito de microdeliberação, como sistemas de cogestão e cooperação, comissões representativas, ou mesmo o incentivo ao exercício do “direito de petição” e ao “direito de ampla defesa”, garantias constitucionais que implicam a obrigação de recebimento de petições, consultas, defesas e manifestações, por meio de intimações direcionadas aos interessados, seguida da devida processualização, realização de audiências e reuniões, até chegar-se à decisão estatal. Todos esses mecanismos são canais – uns mais amplos, outros mais restritos – para o exercício da governança democrática participativa: o poder público deve criar procedimentos para que uma decisão estatal seja precedida da deliberação pública em um sentido macroadeliberativo, para a formação da opinião pública – se a abrangência do tema assim demandar – e microdeliberativo – negociações entre gestores e cidadãos interessados – de forma a que possa ocorrer, efetivamente, a contestação e argumentação de posições contrárias e, obter, assim, a razão pública reflexiva e uma decisão democrática;

- V) *observância dos legítimos interesses daqueles prejudicados como condição de legitimidade de uma decisão*: para atender ao princípio da solidariedade, inerente ao ideal de Democracia Deliberativa, é fundamental, para que uma decisão seja democrática, que se prevejam medidas e adotem processos de negociação³³ para a integral

³³ Mansbridge *et al.* (2010, p. 69 *et seq.*), relatam, claramente, como podem funcionar negociações em processos deliberativos, principalmente quando há situações em que não é possível atingir o consenso absoluto. Por mais que não haja o consenso absoluto, processos de negociação são realizados para se objetivar a um *consenso condicionado*. Dentre esses processos, esses autores mencionam os seguintes: (i) “processos de convergência” (*processes of convergence*), nos quais os participantes do discurso concordam com um único resultado, sem conflito de opinião e interesse, mas também se tratam de opiniões não plenamente formadas ou conhecidas detalhadamente pelo outro; (ii) “acordos incompletos em certos temas” (*incompletely theorized agreements*) ocorre quando participantes de

compensação de todos os prejuízos ocasionados a todos os atingidos pela deliberação, previamente à produção de seus efeitos específicos. Trata-se do *dever de solidariedade* de um Estado democrático: uma decisão somente será resultante de um processo deliberativo, legítimo e democrático, se resguardar os interesses dos particulares envolvidos; e, tendo em vista que, em uma deliberação pública, os potenciais atingidos por uma decisão devem se inserir em um procedimento de conectividade reflexiva, o tomador da decisão deve necessariamente internalizar as perspectivas e legítimos interesses do outro. Com base nisso, uma decisão, para ser democrática, deve sempre se pautar pelo mais puro altruísmo e condicionar sua validade à preservação dos legítimos interesses daqueles que forem atingidos, mediante a prévia realização de medidas compensatórias de todos os prejuízos a serem ocasionados em razão da decisão.

Portanto, é possível apontar, pelo menos, cinco preceitos deontológicos do Princípio Democrático, de eficácia plena, a serem seguidos pela Administração Pública e exigidos extrajudicial ou judicialmente pelos cidadãos: (i) dever de a Administração Pública prestar informações e esclarecimentos acerca de suas atividades; (ii) dever de a Administração Pública justificar decisões proferidas; (iii) dever de a Administração Pública colher informações e dar oportunidade de

uma deliberação tem opiniões conflitantes sobre o que considera o “bem comum”, mas acaba chegando consensualmente a um único resultado por razões diferentes, talvez para viabilizar um fim comum, caso em que um cede em respeito ao outro, mesmo que haja temas que não foram devidamente deliberados – isso ocorre, normalmente em negociações coletivas de trabalho, em que há acordos temporários, mas com assuntos pendentes de deliberação; (iii) “negociação integrativa” (*integrative negotiation*), também há interesses e opiniões diferentes, mas a deliberação chega a um resultado comum explorando vias alternativas que conciliem esses interesses – os autores citam um simples exemplo em que dois ocupantes de uma biblioteca pública divergem sobre a necessidade de uma janela ficar aberta, pois um entende que deve ficar fechada para conferir maior silêncio ao ambiente, mas o outro quer a janela aberta, para possibilitar a circulação do ar, caso em que a solução “integrativa” é abrir a janela da sala do lado, para tentar conciliar ambos os interesses; e (iv) “negociações plenamente cooperativo-distributivas” (*fully cooperative distributive negotiation*) caso em que há uma negociação bem próxima do ideal clássico de deliberação, em que há participantes com opiniões e interesses diferenciados, e pautados na razão e respeito mútuo, chegam ao acordo do que é realmente melhor para o bem comum, mesmo que seja reconhecer que seu interesse inicial estava realmente errado. (MANSBRIDGE *et al.*, 2010, p. 69 *et seq.*).

manifestação e audiência prévia; (iv) dever de a Administração Pública adotar procedimentos administrativos para ponderação, discussão e contestação de argumentos privados e públicos anteriormente à decisão estatal que afete interesses de terceiros e; (v) dever de solidariedade, com observância dos legítimos interesses daqueles a serem prejudicados pela decisão³⁴.

Uma vez atendidos tais deveres jurídicos acima, a Administração Pública: (i) viabilizará mecanismos de deliberação, contestação e argumentação com a participação daqueles potencialmente afetados por uma decisão estatal (HENDRIKS, 2006); (ii) prezará pelo esclarecimento recíproco e pela plena formação da opinião pública (HABERMAS, 2006); (iii) possibilitará a “internalização” de expectativas sociais por seus gestores públicos de forma mais eficaz e legítima; (iv) prezará pela responsividade como princípio básico da democracia, tendo em vista a viabilização do devido “*feedback*” com os cidadãos potencialmente atingidos, os quais discutiram as políticas e decisões de acordo com suas expectativas e interesses. (CHAMBERS, 2003). Enfim, será uma Administração Pública que proferirá decisões democráticas e concatenadas com a razão pública reflexiva que ajudou a construir.

³⁴ No mencionado trabalho “O unilateralismo decisório da Administração Pública, deliberação pública e o princípio democrático – Reflexões acerca da natureza jurídica do princípio democrático” (VALE, 2013c), tais preceitos deontológicos do Princípio Democrático foram explicitados, de forma analítica, em comparação a diversas normas do ordenamento jurídico nacional e do Direito Comparado, intencionalmente selecionadas. Contudo, para atender aos objetivos do presente trabalho, não se mostrou necessário apresentar essa análise.

3 PROPEDEÚTICA E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO DAS DESAPROPRIAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO ATÉ O DECRETO-LEI Nº 3.365/1941

3.1 O surgimento do instituto jurídico das desapropriações no decorrer da história

A “expropriação”³⁵ de bens de particulares por “governantes” ou detentores do poder político, é uma prática antiga e não é possível averiguar precisamente quando teve início. Mesmo não havendo como fixar um “marco zero”, a história demonstra que a apropriação de propriedade de particulares, pelo Estado, sempre decorreu da dominação pela força física.

Nas sociedades antigas, apropriação de bens de outras pessoas era um direito natural dos conquistadores, que os colocavam em situação de superioridade. Aristóteles (1985, p. 1255) testemunhou essa assertiva, ao afirmar que existia uma lei convencional na qual “tudo que é conquistado na guerra pertence aos conquistadores”, ou melhor, a “arte da guerra será por natureza e de certo modo uma arte da aquisição [...] quando usada adequadamente contra animais selvagens e contra homens que, embora marcados pela natureza para a sujeição, se recusam a aceitá-la.” (ARISTÓTELES, 1985, p. 1256). As expropriações decorrentes de dominação do governante ou estadista sobre povos subjugados sempre ocorreu na história da humanidade e ainda sucede nos dias atuais.

Práticas de expropriação, por parte de governantes, de bens particulares com vistas a objetivos de ordem coletiva, também não têm origem definida. Mas não há dúvidas de que a utilização de certos bens úteis ou necessários pelo Estado, para a realização de certos fins sociais, é um fato que se verificou em todos os tempos. (SODRÉ, 1945, p. 13).

Estudiosos divergem quanto à institucionalização das desapropriações no Direito Romano, mas não negam práticas expropriatórias nessa época. Nesse sentido,

³⁵ A expropriação aqui se refere tanto à prática de confisco ou de necessidade de apropriação de bem de terceiros, em vista de uma finalidade pública, em semelhança ao instituto jurídico das desapropriações.

constata-se a existência das leis 50, 51 e 53 do *Código Teodosiano*, que tratavam de três obras executadas em Constantinopla por Teodósio, bem como da Lei 9, C, VII, 12 que permitiu a demolição de construções privadas para edificação de oficinas públicas. (MEDAUAR, 1986, p. 32).

É de se mencionar, também, o *Digesto*, no qual casos de desapropriação eram mencionados na compilação das decisões dos juristas romanos, transformados em Lei por Justiniano, imperador romano do Oriente, e que constitui uma das quatro partes do “*Corpus Juris Civilis*.” (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 32).

Em que pese à antiga civilização romana ter conhecimento de casos de desapropriação, alguns estudiosos apontam que o Direito Romano clássico desconhecia a desapropriação enquanto instituto jurídico. Isso era consequência das relações jus-privatísticas e da concepção de “*dominium*”, que afastava a possibilidade de limitações estatais com relação à propriedade. Odete Medauar (1986) afirma que entre os estudiosos, predomina o entendimento de que:

[...] os Romanos conheceram a desapropriação, embora destituída de sistematização ou certa disciplina, assemelhando-se a uma *venda sob coação* ou a uma venda mediante o recebimento de outros bens do erário ou de privilégios e honrarias. (MEDAUAR, 1986, p. 32). (destaque da autora).

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977) pontua, por sua vez, que é:

Inegável que o princípio da soberania do Estado não estivesse arraigado na consciência jurídica de Roma. Desse princípio de soberania emanaram os atos públicos do império, discricionários não poucas vezes, e que generalizadamente submetem os indivíduos à vontade do poder estatal. (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 32).

É importante ressaltar que no Direito Romano, o ato de expropriação em função de uma utilidade pública não se processava simplesmente pela imposição da perda da propriedade, já que sempre resultava em uma espécie de contrato de compra e venda, no qual o expropriado manifestava, de certa forma, sua vontade, mesmo que precária. Aqueles detentores do poder de império, frequentemente sob o controle do Senado ou do Imperador, poderiam “atacar” a esfera jurídica do particular, não em

virtude de um exercício arbitrário do poder, mas com base em um regulamento previamente aprovado, que previa a celebração obrigatória de um negócio jurídico muito parecido com a compra e venda, diante da utilidade pública discricionariamente verificada, que abrangesse a propriedade do bem, mediante o arbítrio de um preço representador do valor do direito expropriado. (GOBBATO, 2012, p. 72).

A coerção exercida pelo magistrado no Direito Romano tinha como objetivo influir sobre a vontade do particular e não, simplesmente, privá-lo do bem de sua propriedade, pois a conclusão do procedimento de expropriação sempre resultava em um negócio jurídico semelhante ao contrato de compra e venda, não podendo prescindir da existência de certo consenso do contratante que perdeu o bem.³⁶ (GOBBATO, 2012, p. 73, tradução nossa).

Em que pese não apresentar as mesmas características que lhe são próprias hoje, a desapropriação no Direito Romano era normalmente utilizada para atender aos reclames do público em geral. (CRUZ, 1941, p. 27). Nesse contexto, J. Oliveira e Cruz (1941) aponta que vários “*senatus-consultos*” e “*rescritos*” autorizavam, em alguns casos, uma sorte de desapropriação por utilidade pública, como, por exemplo:

1.º - o *senatus-consulto* do ano de 743 autorizava as empresas de aquedutos, em Roma, a tomar nas propriedades vizinhas todos os materiais necessários, mediante *indenização fixada “boni viri arbitrato”*; 2.º - para o estabelecimento de um aqueduto, havendo necessidade de alguma área de terreno, cujo proprietário criasse dificuldades à realização do serviço, essa área seria comprada, revendendo-se, posteriormente, a parte não aproveitada; 3.º - pela interpretação de um *rescrito*, de Severo e Caracala, o proprietário de um túmulo encravado tinha o direito de exigir passagem, a qual, se não lhe fosse concedida, a título precário, motivava um ato do presidente da Província obrigando o recalcitrante mediante *justa indenização*. (CRUZ, 1941, p. 27). (destaques do autor).

³⁶ Ilaria Gobbato (2012, p. 73) assim descreve, no original, esta passagem: “Dalle fonti letterarie ed epigrafiche esaminate, si può affermare l’esistenza di una prassi consolidata, sia in età della Repubblica che nel Principato, secondo cui i titolari di imperium, spesso sotto il controllo del Senato o dell’Imperatore, potevano “aggreddire” la sfera giuridica del privato, non in virtù di un arbitrario esercizio del potere, ma sulla base di un regolamento relativamente consolidato che prevedeva la conclusione coatta di negozi in grado di incidere, per esigenze pubbliche discrezionalmente individuate, sulla proprietà stessa, “qualificati in termini di empio venditio, contro un pretium rappresentante il valore del diritto espropriato”. Giova sul punto evidenziare che la coercitio del magistrato aveva lo scopo di influire sulla volontà del privato e non quello di privare coattivamente il privato del bene, dal momento che il perfezionamento della procedura espropriativa avveniva pur sempre con un negozio assimilabile alla compravendita in cui, pertanto, non si poteva prescindere dall’esistenza del consenso dei contraenti”.

As expropriações ocorridas no Direito Romano, motivadas por utilidade pública, na verdade, deixaram implícita a ideia de sociabilidade e de subordinação do interesse particular ao interesse público. Mas não foi o suficiente para criar a concepção de relatividade do direito de propriedade em face do interesse público, em face da concepção de *dominium* romano, individualista, absoluta, exclusiva e intolerante de limitações externas, inclusive pelo governante, por razões de ordem pública. Além disso, no período pós-clássico e no decorrer da época justiniana, as limitações e expropriações de propriedade para fins públicos eram casos bem isolados e não pretenderam modificar o velho e clássico conceito de *dominium*, mas, sim, buscaram preservá-lo³⁷. Por isso, as expropriações ocorridas não resultaram na criação de um verdadeiro instituto de desapropriação por utilidade pública. (GOBBATO, 2012, p. 10).

Sonia Rabelo (2009, p. 206), citando Jean-Louis Harouel, afirma que a Grécia se utilizava do sistema de desapropriação para grandes obras públicas, conforme se verifica em uma inscrição do século III que assinala que, em Tânagra, na Beócia:

A decisão de desapropriação é função da assembleia do povo sobre proposição dos magistrados; uma comissão de 11 membros especialmente designados constitui um verdadeiro júri de expropriações incumbido de determinar o montante das indenizações. Mas as modalidades variam segundo as cidades, e em particular as taxas de indenização são às vezes fixas nos decretos votados pelo povo. De qualquer forma, está presente a intenção de não lesar os proprietários expropriados. (HAROUEL *apud* RABELLO, 2009, p. 206).

No período feudal, a sociedade europeia estava dividida em três “estamentos”, normalmente definidos pelo nascimento, quais sejam, a nobreza, o clero e os servos. Nesta época, o “interesse público” era aquele estabelecido pelos príncipes, ou senhores feudais, ou até mesmo pelas determinações eclesiásticas sob o domínio do Sacro Império Romano-Germânico. Nesse período:

³⁷ Como pontua Eurico Sodré (1945): No Direito Romano, o conceito do domínio privado era de uma solidez e extensão que raiavam praticamente com o absoluto, assegurando ao dono o direito de usar e abusar da propriedade. A ‘potestas’ do ‘pater famílias’ era uma autoridade que se reunia à dos deuses. Porque em Roma, segundo ensina Fustel de Coulanges, não eram, sobretudo as leis, que protegiam a propriedade, mas a religião. Ali, os marcos divisórios, cuja irremovibilidade é, ainda hoje, protegida pela lei penal, deificavam-se no mito do Termo, deus doméstico. (SODRÉ, 1945, p. 8).

[...] como os senhores feudais dispusessem das pessoas e bens dos vassallos, é de supor que não se preocupassem com quaisquer garantias rudimentares da propriedade, posto que prevalecia sempre o direito do mais forte e o capricho regalista. (SODRÉ, 1945, p. 11).

Por isso, os príncipes e a nobreza utilizavam de sua influência para ocupar e apropriar-se de propriedade particular de seus súditos e vassallos, quando assim lhes conviessem. No entanto, o direito de propriedade era visto mais como um direito natural, de origem consuetudinária e divina e as apropriações ocorridas, mesmo que arbitrárias, eram realizadas em casos isolados³⁸.

É no período comunal que se percebe a origem do instituto jurídico expropriatório. As “comunas”, na Idade Média, eram como se chamavam as cidades que ganhavam relativa autonomia do rei, através das “cartas de autonomia”. As comunas foram criadas por inspiração das camadas burguesas, que buscavam liberdade e segurança para seus empreendimentos comerciais, bem como isenção de encargos e tributos feudais. Foi nesse período que se verificaram regulamentações que visavam proteger os direitos de propriedade do particular, sujeita à limitação em casos de excepcional interesse público.

A partir daí constrói-se o conceito de propriedade como um *direito primário do cidadão*³⁹ (GOBBATO, 2012, p. 75), não dependente de reconhecimento pelo governante e não revogável *ad nutum*, o qual foi se consolidando em diversas regulamentações, ainda que precárias⁴⁰. O documento mais característico dessa fase comunal, a *Magna Carta*, de 1.215, no seu artigo 25 trazia os seguintes preceitos:

³⁸ Nesse contexto, Eurico Sodré (1945) relata que: “nessa época, segundo informa Caeiro da Matta, a propriedade predial se concentrava nas mãos de poucos donos, em geral eclesiásticos ou corporações religiosas, enfraquecido gradualmente o conceito do Estado. Avigorava-se, todavia, na consciência [sic] jurídica, o sentimento da injustiça de tirar de alguém sem indenização, alguma propriedade, mesmo quando destinado a um fim de utilidade pública. Os prejudicados por desapropriações não indenizadas, recorriam, em geral às autoridades eclesiásticas, em busca de amparo e proteção, agindo como aquele Ascelinus de que fala Lestrade – (De l’Exprop. Des immeubles), e que dirigiu sua reclamação aos bispos e abades da Normandia, pleiteando a indenização de seu direito violado.” (SODRÉ, 1945, p.11).

³⁹ Assim expõe a autora, no original: “Quello che viene a delinarsi è dunque un concetto di proprietà inteso come diritto primario, non dipendente da alcuna concessione sovrana e pertanto non revocabile ad nutum, al quale si accompagna l’attribuzione al diritto dominicale di una funzione “nettamente sociale” connessa alla struttura stessa del Comune, nel quale era fortemente sentita la solidarietà e il senso cristiano della collettività”.

⁴⁰ A precariedade que aqui se afirma é a não imposição institucional de tais normas frente ao governante, o que somente se tornou possível após o advento do Estado de Direito.

Nenhum homem será detido ou aprisionado ou *despojado de seus bens* ou declarado criminoso, ou exilado, ou lesado de qualquer maneira que seja, e nós não iremos contra ele e não enviaremos pessoa alguma contra ele, sem um julgamento leal de seus pares, conforme a lei do país. (MEDAUAR, 1986, p. 33) (grifos da autora).

É, portanto, nos regulamentos comunais dos séculos XII a XIV que se encontram as primeiras especificações institucionais acerca das limitações ao direito de propriedade, período em que é possível delinear as origens da desapropriação, enquanto instituto jurídico. Por isso, afastando a ideia absoluta de propriedade, a doutrina da época passou a definir a propriedade como um direito que poderia ser exercido livremente, mas que, ao mesmo tempo, poderia estar sujeito a restrições. (GOBBATO, 2012, p. 76).

A desapropriação por utilidade pública teve origem e fundamentou-se, portanto, na primazia do indivíduo frente ao coletivo, ou seja, na necessidade de se averiguar a existência de uma utilidade pública. Isso é verificado em relatos normativos do *Corpus Iuris* e, assim, desde a Idade Média se afirma a ideia de que a propriedade somente poderá estar sujeita a restrição apenas diante da presença de um peculiar interesse que justificasse a violação dos direitos privados e, em qualquer caso, condicionada ao pagamento de uma justa indenização, nem sempre em dinheiro. (GOBBATO, 2012, p. 76). Nesse sentido, afirma Gobbato:

Nos estatutos municipais [comunais] [...] é possível encontrar disposições que podem ser consideradas as precursoras da atual legislação sobre desapropriações: se recorria às desapropriações para a construção de estradas, pontes, edifícios públicos e outras obras de interesse geral e sempre “diante do prejuízo sofrido pelo particular, era prevista uma indenização igual ao valor de mercado do bem [valor venal], ou às vezes se definia um prêmio a título de reparação do dano por *ratione affectionis*, como, por exemplo, no caso do Estatuto da Comuna de Milão que estabeleceu que tal não poderia exceder ao dobro do valor do bem⁴¹. (GOBBATO, 2012, p. 76, tradução nossa).

⁴¹ No original: “Negli Statuti comunali, anche se non si rinvengono regolazioni della materia di carattere generale, si possono rinvenire disposizioni che possono essere considerate gli antesignani delle attuali leggi sulle espropriazioni: si ricorreva all’espropriazione per costruzione di strade, di ponti, di edifici pubblici e di altre opere di interesse generale e sempre, ‘a fronte del pregiudizio patito dal privato, era previsto un indennizzo pari al valore venale del bene, maggiorato talora di un sovrapprezzo a titolo di risarcimento del danno anche *ratione affectionis* che, ad esempio, lo Statuto del Comune di Milano stabilì che non potesse mai superare il doppio del valore”.

Como é possível verificar, a origem da desapropriação, enquanto instituto jurídico teve relação direta com o *reconhecimento institucional* do direito de propriedade e das exceções ao seu pleno exercício. A história demonstra que o direito de propriedade sempre existiu e as expropriações eram excepcionalmente realizadas após a constatação de um relevante interesse público, mesmo que de forma arbitrária.

Mas tal prática se evidenciou nos regulamentos comunais, quando se resguardou a propriedade dos particulares e previu-se a possibilidade de restrição desse direito quando se evidenciasse um relevante interesse coletivo, caso em que era devida uma indenização ou, em certos casos, previa-se um *plus* remuneratório (prêmio), cujo valor ultrapassava o valor do bem expropriado, em contrapartida ao “ataque” sofrido ao sagrado direito de propriedade.

Na Idade Moderna intensificou-se a ideia de desapropriação construída na baixa Idade Média, como um caso excepcional de limitação ao natural direito de propriedade, desde que existente um relevante interesse coletivo. Montesquieu, em sua obra, “Espírito das Leis”, mantém essa ideia, conforme se verifica de suas palavras:

Tratando-se do público, este jamais é a privação do bem de um particular, mesmo que se lhe retirasse a menor parte, por uma lei ou regulamento político; nesse caso é preciso seguir estritamente a lei civil, que é a salvaguarda da propriedade. Assim, quando o público necessita de bens de um particular, não se deve jamais agir com base na lei política; aí deve triunfar a lei civil, a qual, com olhos de mãe, vê cada particular como a própria cidade. Se o magistrado político quer construir algum edifício público, algum novo caminho, é preciso que ele indenize; o público é, nesse aspecto, como um particular que trata com outro particular. Já é o bastante que ele possa obrigar um particular a lhe vender sua herança e que lhe seja retirado esse grande privilégio advindo da lei civil, de não poder ser forçado a alienar seu bem. (MONTESQUIEU *apud* MEDAUAR, 1986, p. 35).

No entanto, por mais que as expropriações, *ut civilis*, somente poderiam ser utilizadas em caráter excepcional, diante de um interesse coletivo anteriormente verificado, o interesse público, no Antigo Regime, confundia-se com o interesse do monarca ou senhor feudal. A ausência de delimitação precisa dos casos em que se poderiam ocorrer desapropriações, bem como do procedimento a ser adotado, impedia que o instituto adquirisse a forma de que se reveste hoje.

De fato, o instituto jurídico das desapropriações somente assumiu as características que lhe são próprias hoje no momento que à atividade do Estado passou a ser regulada pelo Direito. Ou seja, o instituto da desapropriação, tal como existe hoje, se deu com o surgimento do Estado de Direito, após a Revolução Francesa, e a consequente origem do Direito Administrativo.

A verdade é que, ainda que reconhecido como direito primário, natural, as indefinições de procedimentos e casos em que a propriedade poderia ser desapropriada e a não submissão do governante a tais regras colocava o direito de propriedade “em um estado de insegurança deplorável, mercê da prepotência dos senhores feudais e do absolutismo real.” (CRUZ, 1941, p. 28).

Ao passar a ser plenamente regida pelo Direito, a desapropriação de bens particulares, motivadas no interesse público, passou a integrar a categoria de instituto jurídico regido pelo Direito Administrativo, cujas limitações e procedimentos deveriam ser respeitados pelo governante.

Isso ficou evidenciado pelo artigo 17 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, promulgada pela Assembleia Nacional Francesa, em 26 de agosto de 1789, ao dispor que a “propriedade, sendo um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exija evidentemente e sob a condição de justa e prévia indenização.” (MEDAUAR, 1986, p. 35).

Tal disposição foi abarcada pela Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791, diretriz que logo se alastrou pelo regime jurídico de outras nações da Europa e, conseqüentemente, para as colônias e países que foram influenciados culturalmente.

Nos Estados Unidos da América, a 5ª Emenda Constitucional, de 15 de dezembro de 1791, previu a desapropriação ao afirmar que “ninguém poderá ser privado de sua vida, de sua liberdade ou de seus bens, sem um procedimento legal; nenhuma propriedade privada será tomada para um uso público sem justa indenização.” (MEDAUAR, 1986, p. 36).

No Brasil, antes mesmo da vigência da Constituição Imperial de 1824, já se havia previsto a desapropriação, enquanto instituto jurídico, pelo Decreto de 21 de maio de 1821. (CRUZ, 1941, p. 29).

3.2 O fundamento do instituto jurídico da desapropriação

A desapropriação, por motivo de utilidade pública⁴², tentou ser justificada de diversas maneiras pela doutrina jurídica. Muitas dessas teorias, ao tratarem do fundamento do instituto jurídico da desapropriação por utilidade pública, se assemelham em diversos aspectos e se diferenciam por algumas particularidades. Dentre elas, consideramos fazer breve menção às teorias do Domínio Coletivo, do Domínio Eminente, do Pacto Social, das Limitações ao Direito de Propriedade, do Direito Potencial e da Solidariedade e da Cooperação.

Antes de tecer maiores considerações às teorias que atualmente são acolhidas pela doutrina, acerca do fundamento do instituto da desapropriação - a da *Supremacia do Interesse Público sobre o Privado* e a *Teoria da Função Social da Propriedade* - é conveniente fazer breve menção às outras existentes, dentre elas: do Domínio Coletivo, do Domínio Eminente, do Pacto Social, das Limitações ao Direito de Propriedade, do Direito Potencial e da Solidariedade e da Cooperação.

A *Teoria do Domínio Coletivo*, ou *Coletivista*, como pontua Odete Medauar (1986, p. 26) defende a ideia de que nas sociedades primitivas a propriedade é de todos, de toda a coletividade. Quando foi “fundada” a propriedade individual, teria ficado subtendido que ao Estado estaria reservado o direito de retirar o patrimônio individual para retornar ao patrimônio comum todos os bens necessários à satisfação do interesse da coletividade. A desapropriação seria, portanto, a recomposição da propriedade coletiva antes existente, mediante uma justa indenização.

Nesse contexto, a desapropriação seria mais uma condição para a existência da propriedade individual, do que uma restrição ao direito de propriedade. (MEDAUAR, 1986, p. 27). Essa teoria possui pouca adesão, justamente porque sua base teórica é totalmente hipotética. Não é possível cogitar que haveria essa *conditio* quando da apropriação de algum bem pelo particular.

A *Teoria do Domínio Eminente* afirma que “o Estado exerce sobre todo o seu território um super-domínio, como atributo da própria soberania.” (FAGUNDES,

⁴² A expressão “utilidade pública” é aqui mencionada em um sentido mais amplo, como interesse geral que justifica a intervenção estatal na propriedade privada, e não é aqui referida como umas das hipóteses de desapropriação prevista na legislação brasileira.

1949, p. 15). Por ser soberano sobre todo o seu território, o Estado possui fundamento para criação de limitações e supressões de propriedade, quando assim considerar conveniente. Essa teoria, segundo Odete Medauar (1986, p. 27) era utilizada no período feudal para reafirmar o direito dos príncipes sobre os bens dos súditos. A autora completa que:

Mesmo na concepção atual, a teoria do domínio eminente não pode ser invocada como fundamento do instituto expropriatório; caso contrário, justificaria também toda a atividade estatal, no âmbito do Legislativo, no âmbito do Judiciário e do Executivo e todos os institutos dos ramos do Direito que disciplinam relações de particulares com o poder público. (MEDAUAR, 1986, p. 27)

A *Teoria do Pacto Social*, de evidente inspiração contratualista, para Seabra Fagundes (1949, p. 15), “admite como base da estrutura política o contrato de sociedade e tem como implícito neste o dever de sacrifício da propriedade de cada um no interesse da comunidade”.

Odete Medauar (1986) menciona, ainda, a *Teoria das Limitações ao Direito de Propriedade*, segundo a qual a disciplina das relações sociais demanda, por sua natureza, certa coordenação e harmonização das atividades dos particulares, “o que não se concebe sem o estabelecimento de limites ou restrições aos direitos dos indivíduos”. (MEDAUAR, 1986, p. 28).

Disso decorre a *Teoria do Direito Potencial*, segundo o qual o direito de desapropriação estaria implícito no direito de propriedade, como um direito em potencial, pois “em todo direito, além do aspecto individual, existe o elemento social” e “os direitos individuais já nasceriam, assim, com limitações potenciais impostas pelo direito da coletividade.” (MEDAUAR, 1986, p. 28).

Por outro lado, Medauar (1986, p. 28) relata que na Teoria da Solidariedade ou da Cooperação, “o homem é solidário com o seu meio” e essa característica fundamentaria a faculdade de expropriar, em prol do interesse comum.

No entanto, a teoria fundamentadora da desapropriação que encontra mais guarida – e que cuja compreensão é essencial para os objetivos propostos pelo presente trabalho – é a que defende que a desapropriação se justifica pela necessidade do Estado em atender ao interesse público, continuamente, caso em que, sempre que o

interesse da coletividade demandar o “sacrifício” de um direito pelo particular – desde que respeitados os legítimos interesses do expropriado – assim deve o Estado proceder. Tal premissa é representada pelo *Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado*.

As prerrogativas decorrentes do poder estatal também foram objeto de fundamentação filosófica e sociológica. A necessidade de submissão a certo governante já foi mais do que mera constatação de fato, decorrente da imposição da força, ou do poder político. Já foi justificado por motivos mitológicos e teológicos que constatavam a posição natural e genética do governante.

Posteriormente, ganhou espaço a corrente racionalista de fundamentação do Estado, delineada pela *teoria contratualista*, que buscou justificar a existência do poder estatal por meio de preceitos racionais. Segundo o *contratualismo*, o poder estatal, em poucas palavras, se justifica na existência de uma convenção entre o governante e o povo, segundo a qual aquele somente existiria para buscar o bem comum deste.

O “bem comum” é um conceito relativo e mutável no decorrer da história, sempre vinculado com os valores e anseios vigentes em um determinado contexto histórico, cultural ou social. O papel do Estado na busca desse bem comum sempre foi reconhecido pelo contratualismo, independente do contexto histórico ou social em que se analisa. Por exemplo, Rousseau, clássico filósofo contratualista, apresenta considerações que possuem grande receptividade atual:

[...] só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum: pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível. O vínculo social é formado pelo o que há de comum nesses diferentes interesses, e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordam, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, é unicamente com base nesse interesse comum que a sociedade deve ser governada. (ROUSSEAU, 1999, p. 33).

Essa ideia rousseauiana que busca justificar a existência do Estado possui afinidade com o conceito de interesse público trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a):

Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade. [...] Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem. (MELLO, 2006a, p. 58).

O Estado, portanto, possui, como fim precípua à sua atividade, a constante busca pelo interesse público, preceito que deve ser tomado como premissa teórica básica para a compreensão de diversos institutos administrativos, os quais buscam fazer com que haja a prevalência do bem comum em uma sociedade.

Todavia, somente após o momento em que o Estado passou a se submeter ao Direito, ou seja, após a queda do Antigo Regime, e conseqüentemente, com a criação do Direito Administrativo, é que o interesse público passou a ser legalmente “averiguável”, “previsível”, mediante a celebração de convenções políticas, estabelecidas pelo povo, cujos preceitos o Estado agora deveria se submeter.

Nesse contexto, sabe-se que o Direito Administrativo não nasceu como um mecanismo de investidura do Estado de poderes em face dos cidadãos, ou mesmo para subjugar os interesses individuais ao interesse do Estado. O Direito Administrativo nasce como um direito defensivo do cidadão, pois surge exatamente para regular a conduta do Estado conforme as convenções realizadas pelo Povo. (MELLO, 2006a, p. 46).

A supremacia do interesse público sobre o privado, referida acima, serve, na verdade, como fundamento ou premissa que justifica determinados poderes, que nada mais são do que instrumentais ao fim que o Estado busca: o interesse público. Ou seja, as prerrogativas criadas em prol do Estado não decorrem da afirmação de uma suposta existência de superioridade estatal, ou de um poder natural que ele possui, mas sim, da existência de um dever: a necessidade de buscar continuamente o interesse da coletividade, nos termos em que o Direito define como sendo interesse público a ser perseguido.

E para realizar esse *mínus* público, em diversas ocasiões, o Estado necessita de certas prerrogativas. Para exemplificar, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a) corretamente menciona o caso das desapropriações, objeto do presente trabalho:

[...] um indivíduo pode ter, e provavelmente terá, pessoal – e máximo – interesse em não ser desapropriado, mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação, conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor. É óbvio que cada indivíduo terá pessoal interesse em que exista dito instituto, já que, enquanto membro do corpo social, necessitará que sejam liberadas áreas para a abertura de ruas, estradas, ou espaços onde se instalarão aeródromos, escolas, hospitais, hidroelétricas, canalizações necessárias aos serviços públicos etc., cuja disponibilidade não poderia ficar à mercê da vontade dos proprietários em comercializá-los. (MELLO, 2006a, p. 57).

Todo instituto do Direito Administrativo é fundamentado no interesse público e deve ser utilizado justificadamente nesse sentido, pois esse é o objeto da atividade material que torna o Estado, analogamente, como um *prestador de serviço* e cujas “regras” da prestação do “serviço”, bem como as de “consumo” desse serviço, estão previamente estabelecidas naquilo que chamamos de Direito Administrativo.

Portanto, a desapropriação, enquanto instituto jurídico é um instrumento que a ordem jurídica conferiu ao Estado para se atender ao interesse da coletividade. É a necessidade de se resguardar o interesse público que justifica a existência das desapropriações. Por mais que a ideia de tutela do interesse público não estivesse tão delineada no decorrer da história - tal como se encontra hoje no Estado de Direito - é possível afirmar que os casos isolados, ocorridos na Antiguidade e no Antigo Regime absolutista ou feudal, de limitação do direito de propriedade, quando não decorrentes de penalidades, justas ou arbitrárias, serviram para tutelar um interesse passível de ser classificado como um bem comum de determinada comunidade.

O próprio requisito do instituto de desapropriação - a prévia existência de “utilidade pública”, “necessidade pública” ou “interesse social”- deixa patente a ideia de que o instituto serve-se para fazer valer o interesse público, em face do interesse particular, egoístico, de conservar o bem em detrimento alheio.

É o fundamento da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado que justifica diversos institutos do Direito Administrativo - que se buscou relativizar a plenitude dos atributos do direito de propriedade⁴³.

A *Função Social da Propriedade*, prevista na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, XXIV, nada mais é senão a afirmação de que inexistente o caráter absoluto da propriedade, pois ela poderá (e deverá) ser objeto de limitações ou expropriações, quando necessário, em prol de um interesse da coletividade. Nesse caso, o Direito brasileiro faz menção expressa à Função Social da Propriedade desde a *Constituição da República de 1934*, na qual dispõe, em seu artigo 113, nº 17, primeira parte, que o direito de propriedade “não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo”. (BRASIL, 1934).

A Função Social da Propriedade não foi concebida para ser uma norma propriamente dita, mas para fundamentar normas restritivas sobre o uso e gozo da propriedade. Esse conceito induz a ideia que a desapropriação não é um instituto que extingue o direito de propriedade, mas sim que modifica a forma de gozo da propriedade, em vista de um fim público. Em vez de livremente usar e gozar da propriedade em seu aspecto físico, quando há um relevante interesse público, é possível condicionar seu uso ou usufruir de outra propriedade equivalente, o que se permitirá através da indenização fornecida.

O gozo da propriedade somente poderá ser exercido em vista do bem estar coletivo. E em nome dele, é possível que o gozo da propriedade seja condicionado e restringido, caso em que o proprietário deve aceitar as decorrências disso. A demonstração clara do sentido da função social da propriedade pode ser representada

⁴³ O presente trabalho parte, portanto, da ideia da existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e serve de fundamento de determinados institutos administrativos, como a desapropriação. Todavia, não se pretende defender que, com base no princípio da supremacia do interesse público, todo interesse particular possa ser suprimido. Muito pelo contrário. Com base no princípio da supremacia do interesse público, é fundamental se proteger interesses privados. Há autores que ponderam acerca da inexistência desse princípio, como norma, pois não pode ensejar em uma regra de prevalência absoluta, já que os interesses particulares e direitos fundamentais devem ser respeitados (ÁVILA, 2010; SARMENTO, 2010; SCHIER, 2010) e ponderados de forma proporcional com o interesse público (BINENBOJM, 2005). Mas o presente trabalho não pretende adentrar nessa discussão. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado existe não para resultar na prevalência de um sobre o outro, mas sim, para justificar institutos jurídicos, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, a serem utilizados para superar os interesses egoísticos quando estes se encontrem em dissonância com os anseios dos indivíduos enquanto partícipes da coletividade.

pelo disposto no artigo 14, alínea 2, da Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 que diz que “A propriedade obriga. O uso da propriedade deve concorrer também para o bem da coletividade.” (GOMES, 2007, p. 130).

Como se verifica, em nome da supremacia do interesse público, a propriedade não pode ser um fim em si mesmo, mas sim deve adotar uma *concepção finalista*, a cuja luz se define os atributos sociais de cada propriedade. (GOMES, 2007, p. 129). Nesses termos, é interessante a explicação de Leon Duguit, acerca da função social do direito de propriedade:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder. (DUGUIT *apud* GOMES, 2007, p. 126).

Odete Medauar (1986, p. 30), por sua vez, entende que a acepção “função social” cuida de uma nova preocupação do legislador em ampliar o conceito público da função da propriedade, para que, com isso, se pudesse beneficiar os setores mais desfavorecidos da sociedade, através de uma justa distribuição de riquezas, função típica de um estado intervencionista, de providência:

Parece claro, em vista das características do Estado contemporâneo, Estado Intervencionista, Estado de Providência que, na atualidade, a missão de atendimento do interesse público engloba as funções de realização do bem-estar de todos, inclusive no tocante ao melhor aproveitamento ou distribuição da propriedade. Cremos que a menção específica da “função social” da propriedade significou ainda a preocupação em enfatizar aspectos da conotação do direito de propriedade decorrentes da evolução desse instituto, não desvinculados das características do Estado contemporâneo, que possibilitam interferir na propriedade para atuações inadmitidas no século XIX. O vocábulo “social”, na expressão “interesse social” denotaria o intuito de estabelecer que a atuação do Estado se destina à realização do interesse comum a toda a sociedade para atingir objetivos de natureza social, assim considerados aqueles que repercutem de modo mais imediato junto às camadas de menor poder aquisitivo. (MEDAUAR, 1986, p. 30).

Independente da explicitação da exata abrangência da concepção “social” no preceito da função social da propriedade, parece irrefutável a conclusão de que o instituto desapropriatório é instrumento que serve ao interesse da coletividade, conforme as demandas que surgem em determinado contexto social e histórico, contra a intransigência do interesse egoístico do particular, quando este possa prejudicar o interesse público. É para esse propósito que a propriedade deve atentar-se.

3.3 Evolução histórica do instituto jurídico da desapropriação no direito brasileiro anteriormente ao Decreto-lei nº 3.365/1941

3.3.1 A legislação imperial

Traçar o panorama histórico do instituto da desapropriação no Direito brasileiro é fundamental para a compreensão de determinadas opções legislativas, para a explicitação de vícios de linguagens equivocadamente perpetuadas, bem como para viabilizar uma análise mais crítica do Decreto-lei nº 3.365/1941, como pretendido por este trabalho.

No Brasil, o instituto da desapropriação foi legalmente institucionalizado, inicialmente através do *Decreto de 21 de maio de 1821*, que proibiu a apropriação de qualquer coisa contra a vontade do seu proprietário e sem a respectiva indenização. Nesse Decreto, anterior à própria Constituição Imperial de 1824, o então Príncipe Regente do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, estabeleceu que a expropriação de um bem particular nunca poderia ocorrer sem que se houvesse, primeiramente, um acordo sobre o preço da indenização que deveria ser pago pela “Real Fazenda” no momento da entrega do bem expropriado. Quando não fosse possível o pagamento imediato, o expropriante deveria conceder um título do valor acordado, para pagamento em “tempo competente”⁴⁴.

A ressalva trazida pelo Decreto de 21 de maio de 1821, ao dispor que o direito à indenização prévia em casos de necessidade de expropriação contra a vontade

⁴⁴ Em anexo a este trabalho, nós apresentamos toda a legislação do Império e da República, anteriores ao Decreto-lei nº 3.365/1941, referente as desapropriações.

do proprietário, como forma de segurar seus bens, é umas das “principais bases do pacto social entre os homens”, pois seria necessário respeitar o “Sagrado Direito de Propriedade”⁴⁵.

A Constituição Imperial de 1824 fez referência ao instituto da desapropriação em seu artigo 179, inciso XXII, *in verbis*, na sua redação original:

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

[...]

XXII. E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação⁴⁶. (BRASIL, 1824).

Em seguida, foi editada a *Lei Geral de 09 de setembro de 1826*, que definiu os casos em que se poderia haver a desapropriação da propriedade particular por necessidade e utilidade pública, sempre através de prévia indenização. Além disso, definiu o procedimento necessário (“formalidades”) a ser adotado previamente à desapropriação.

⁴⁵ O Decreto, de 21 de maio de 1821, assim dispõe em sua integralidade, na sua redação original: “Sendo uma das principaes bases do pacto social entre os homens segurança de seus bens; e Constando-Me que com horrenda infracção do Sagrado Direito de Propriedade se commettem os attentados de tomar-se, a pretexto de necessidades do Estado, e Real Fazenda, effeitos de particulares contra a vontade destes, e muitas vezes para se locupletarem aquelles, que os mandam violentamente tomar; e levando sua atrocidade a ponto de negar-se qualquer titulo para poder requerer a devida indemnisação: Determino que da data deste em diante, a ninguem possa tomar-se contra sua vontade cousa alguma de que fôr possuidor, ou proprietario; *sejam quaesquer que forem as necessidades do Estado, sem que primeiro de commum acordo se ajuste o preço, que lhe deve por a Real Fazenda ser pago no momento da entrega; e porque pode acontecer que alguma vez falem meios proporcionaes a tão promptos pagamentos: Ordeno, nesse caso, que ao vendedor se entregue Tittulo apparelhado para em tempo competente haver sua indemnisação*, quando elle constrangimento consinta em lhe ser tirada a cousa necessaria ao Estado e aceite aquelle modo de pagamento. Os que o contrario fizerem incorreção na pena do dobro do valor a beneficio dos offendidos. O Conde dos Arcos, do Conselho de Sua Magestade, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios, o tenha assim entendido, e o faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 21 de Maio de 1821. Com a rubrica do Principe Regente. Conde dos Arcos.” [grifos nossos] (BRASIL. *Decreto de 21 de Maio de 1821*. “Prohibe tomar-se a qualquer, cousa alguma contra a sua vontade, e sem indemnisação”. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/sn/antioresa1824/decreto-39586-21-maio-1821-570012-publicacaooriginal-93196-pe.html>. Acesso em: 13/08/2014).

⁴⁶ Redação original. (BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014).

De acordo com essa Lei, a *desapropriação por necessidade pública* somente teria lugar nos seguintes casos: (i) defesa do Estado; (ii) segurança pública; (iii) socorro público em tempo de fome ou outra extraordinária calamidade e; (iv) salubridade pública.

Por outro lado, a utilidade pública, de acordo com essa Lei, exigiria a verificação prévia por ato do Poder Legislativo e somente poderia se dar nos seguintes casos: (i) instituição de caridade; (ii) fundações de casas de “instrução de mocidade”; (iii) comodidade geral e; (iv) decoração pública.

Na vigência da Lei Geral de 09 de setembro de 1826, antes de se proceder à desapropriação por necessidade pública, era necessário um *procedimento de verificação da existência dos casos de necessidade e utilidade pública*, conforme se verifica do seu artigo 3º. Quando se tratasse de necessidade pública, esse procedimento de verificação seria instaurado mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional perante o Juiz do domicílio do proprietário, com a audiência prévia deste (artigo 3º). Nos casos de desapropriação por utilidade pública, o requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, junto com as manifestações dos particulares envolvidos (artigo 3º), seriam direcionados para o Poder Legislativo (“Corpo Legislativo”), a quem competia a verificação de utilidade pública.

O valor da propriedade era calculado levando-se em consideração não só o valor “intrínseco” da propriedade, ou seja, o que ela possuía, mas também sua localidade e “o interesse” que dela retirava o proprietário (artigo 4º). E o valor era fixado por *árbitros*⁴⁷ nomeados conjuntamente pelo Procurador da Fazenda Nacional como pelo proprietário (artigo 4º).

Em 1845, o *Decreto nº 353, de 12 de julho*, ampliou os casos de utilidade pública e trouxe outras inovações para o processo expropriatório, em complementação à Lei Geral, de 09 de setembro de 1826. Por meio desse Decreto, passou-se a se considerar, também, como casos de utilidade pública (artigo 1º): construção de edifícios e estabelecimentos públicos de qualquer natureza; fundação de povoações, hospitais e casa de caridade ou de instrução; abertura, alargamentos ou

⁴⁷ Rabello (2009, p. 210) relata que o sistema de árbitros, no qual a definição dos valores definidos seriam intangíveis ao Juiz, é uma reprodução no Brasil do sistema francês que, foi posteriormente modificado.

prolongamentos de estradas, ruas, praças e canais; a construção de pontes, fontes, aquedutos, portos, diques, cais, pastagens e de quaisquer outros estabelecimentos destinados à comodidade ou servidão pública; construções ou obras destinadas à decoração ou salubridade pública.

É interessante pontuar que, a par do procedimento de verificação dos casos de necessidade pública, vigente na Lei Geral, de 09 de setembro de 1826, o *Decreto nº 353, de 12 de julho* de 1845, previu outro procedimento diferenciado para a verificação da utilidade pública, através do expediente de *análise prévia e discussão do plano de obra pelo proprietário*, o qual seria elaborado por engenheiros ou peritos designados.

Depois de elaborado o plano de obra, com menção aos proprietários, o projeto seria depositado na respectiva Câmara Municipal, para notificação – através de editais publicados em jornais locais – dos proprietários, assegurando-se sua manifestação dentro do prazo de dez dias (artigo 3º).

O secretário da Câmara Municipal tomaria, por escrito, as declarações e reclamações dos proprietários feitas verbalmente ou por petição (artigo 4º). Passado o prazo de dez dias, a Câmara Municipal, mediante a assessoria de dois engenheiros ou peritos que não tivessem realizado o plano de obras, receberia as manifestações dos proprietários, e depois de ouvidas as pessoas que entendessem conveniente, emitiria o seu parecer dentro do prazo de vinte dias para o posterior envio do procedimento para análise do Presidente da Província (artigo 5º).

Se o Presidente da Província entendesse necessária a modificação do plano de obras que implicasse a desapropriação de novos bens particulares, determinaria a renovação do procedimento [formalidades] acima descrito, para nova manifestação dos proprietários (artigo 6º). Depois disso, o Presidente da Província remeteria o processo à autoridade do Governo Imperial competente para aprovar definitivamente os planos de obra (artigo 7º). E, somente por meio de Decreto Imperial, depois de finalizado todo esse procedimento, entender-se-ia “verificado o bem público a se exigir o uso, ou emprego das propriedades particulares” compreendidas nos planos (artigo 9º).

O Juiz de primeira instância somente poderia se manifestar sobre a desapropriação após a existência do mencionado Decreto Imperial, da confirmação de

realização de todo o procedimento acima e após a citação dos interessados (artigo 11). No processo judicial, o procurador da Fazenda Nacional ou o agente empresário⁴⁸ que estivesse realizando a desapropriação e as obras, ofereceria o valor da indenização devida, caso em que o expropriado deveria se manifestar para assentir ou discordar do preço oferecido. Se discordasse, o proprietário deveria apresentar o valor da indenização que entendesse devido (artigos 13 e 14).

No caso de discordância, pelo procurador ou agente responsável pela desapropriação, do valor exigido pelo proprietário, o montante da indenização devida seria definido por um Júri, organizado da seguinte maneira: O Juiz cível designava dezoito “principais” proprietários inscritos em lista de jurados no Município em que fosse ocorrer a desapropriação, caso em que o representante do poder expropriante e o expropriado designavam três jurados cada um, de acordo com suas preferências. Os jurados não podiam ser interessados na desapropriação.

O Juiz, por sua vez, designava um sétimo e último jurado que comporia o Júri que, após a análise de documentos do procedimento e do plano de obra, definiria o valor da indenização devida (artigo 17), a qual não poderia ser inferior à oferta realizada pelo poder expropriante (artigo 24). Os jurados, na fixação do valor, deveriam atender aos seguintes aspectos: localidade, tempo, ao valor em que ficasse o resto da propriedade por causa da nova obra, o dano proveniente da desapropriação e quaisquer outras circunstâncias que pudessem influir no preço (artigo 26).

Ressalta-se que o Decreto nº 353, de 12 de julho de 1845, previu a possibilidade de o proprietário requerer a desapropriação de todo o imóvel, caso a edificação fosse desapropriada apenas em parte ou quando os terrenos desapropriados fossem reduzidos a menos da metade de seu tamanho original (artigo 25). Ou seja, era possível o exercício do “direito de extensão”, prerrogativa que não foi prevista no atual marco legislativo das desapropriações por utilidade pública (Decreto-lei nº 3.365/1941).

A decisão do Júri era entregue ao Juiz que, assim, iria decidir a desapropriação, verificando a legalidade do procedimento bem como do valor

⁴⁸ Nos termos do artigo 34, do Decreto nº 353, de 1845, os empresários das obras declaradas no art. 1º podiam promover as desapropriações necessárias para a execução das ditas obras, usando dos mesmos direitos do “Procurador da Corôa”, e da Câmara Municipal.

definido, proferindo sua sentença, que podia ser objeto de apelação. O Juiz cível, independente do recurso de apelação, somente poderia expedir mandado de imissão na posse após o depósito do valor da indenização definido no Júri (artigo 30).

Em 1855, foi editado o *Decreto nº 816*, autorizando o Governo Imperial a estabelecer um rito especial sumaríssimo para desapropriação necessária à construção de estradas de ferro. Ficou estabelecido que caso houvesse desacordo com relação ao montante da desapropriação, a avaliação da justa indenização seria feita por cinco árbitros, dois nomeados pelo proprietário, dois nomeados pela companhia da estrada de ferro a cargo da obra e um pelo Governo (artigo 4º).

Para regulamentar o procedimento sumaríssimo definido pelo Decreto nº 816, de 1855, foi editado o *Decreto nº 1.664, de 20 de outubro de 1855*. Segundo o procedimento sumaríssimo definido nesse decreto, a desapropriação para a construção de estradas de ferro somente poderia ocorrer após aprovação do plano de obra por Decreto do Governo Imperial e a indenização prévia do expropriado. No caso, se definiu que nenhuma autoridade administrativa ou judiciária poderia admitir reclamação ou contestação contra a desapropriação resultante da aprovação das plantas de obras pelo Decreto Imperial (artigo 2º, segunda parte).

O processo de desapropriação ocorreria perante um júízo municipal ou cível, o qual competiria julgar o procedimento de avaliação do montante da indenização e para a expedição de mandado de imissão na posse. Em caso de dissenso sobre o valor ofertado pelo poder público, seriam reunidos os árbitros nomeados, dois pelo proprietário, dois pela companhia responsável pela construção da estrada de ferro e um pelo Governo Imperial, sob a presidência do Juiz, os quais realizariam a avaliação do imóvel desapropriado, que não poderia ser menor do que o valor oferecido pelo poder expropriante, nem maior do que o exigido pelo expropriado (artigos 8º e 12, §1º). A imissão na posse somente seria dada após o depósito do valor aceito ou avaliado pelos peritos (artigos 7º e 9º).

Em que pese a ausência de meios para ponderação e discussão, pelo proprietário, do plano de obra ou da suposta existência de ser caso de comodidade geral que justificasse a construção da estrada de ferro, o Decreto nº 1.664, de 20 de outubro de 1855, previa a possibilidade de o expropriado exercer o *direito de extensão*,

antes previsto no Decreto nº 353, de 12 de julho de 1845, quando se demonstrasse que a desapropriação parcial fosse reduzir a propriedade a menos da metade de sua extensão ou privasse o proprietário das serventias necessárias para o uso e gozo dos terrenos e prédios não compreendidos na desapropriação pretendida, ou mesmo desvalorizasse muito o terreno remanescente em razão da privação da possibilidade de realização de obras e benfeitorias consideradas importantes (artigo 12, §2º).

A *Lei nº 3.396, de 24 de Novembro de 1888*, que previa a receita geral do Império para o exercício de 1889 estendeu a aplicação do Decreto nº 1.664, de 1855, para a desapropriação de águas para abastecimento das povoações, com algumas modificações trazidas nos seus artigos 21 a 25. Seriam nomeados somente dois árbitros para a fixação do valor da indenização, que deveria corresponder ao volume ou força motora que efetivamente utilizasse o proprietário, no momento da desapropriação.

Caso os árbitros não acordassem com relação à indenização devida, o Juiz definiria o montante devido. A desapropriação deveria ser estendida a estabelecimentos que ficassem prejudicados, se o interesse público implicasse em fornecimento de quantidade menor de água suficiente para a respectiva exploração.

3.3.2 A consolidação da legislação imperial: o Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903

Em seguida, foi editado o *Decreto nº 1.021, de 26 de agosto de 1903*, que determinou a aplicação do procedimento sumaríssimo definido pelo Decreto nº 816/1855 a todas as obras de competência da União e do Distrito Federal, com algumas modificações: (i) no caso de discordância com o valor a ser indenizado, seriam nomeados três árbitros, um nomeado pelo proprietário, outro nomeado pelo Governo e o terceiro pelo Juiz (artigo 1º); (ii) houve a limitação ao *quantum* indenizatório, que não poderia ser inferior a dez vezes o valor locativo⁴⁹, nem superior

⁴⁹ Na época, o valor locativo era a base de cálculo do imposto predial, critério não mais hoje utilizado, pois para a definição da base de cálculo do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana, se utiliza o valor venal (de mercado) do imóvel, conforme disciplina conferida a partir do atual Código Tributário Nacional.

a quinze vezes esse valor, quando se tratar de imóvel sujeito ao imposto predial (artigo 2º, segunda parte); (iii) estabeleceu-se a possibilidade de requerimento de imediata imissão na posse, quando fosse alegada urgência, possibilitando ao expropriado o levantamento do mínimo da indenização cabível no caso (artigo 2º, §3º); (iv) estabeleceu-se o direito de o proprietário reaver o bem imóvel expropriado, caso não fossem realizadas as obras que justificaram a desapropriação (artigo 2º, §4º); (v) estabeleceu-se uma espécie de direito de preferência ao expropriado que aceitar a oferta realizada pelo poder expropriante, quando se tratar de desapropriação que tiver por fim a abertura de novas ruas, para a aquisição de terrenos disponíveis, mediante o preço mínimo definido pelo Governo (artigo 2º, §5º) e; (vi) firmou a possibilidade de o poder expropriante estabelecer um acordo com o expropriado para indenização de benfeitorias úteis e necessárias realizadas anteriormente à data do Decreto (artigo 2º, §7º).

O decreto, de forma inovadora, deixou expresso o *direito de retrocessão*, em seu artigo 2º, §4º, afirmando que se, por qualquer motivo, não fossem levadas a efeito as obras para as quais foi decretada a desapropriação, seria permitido ao proprietário reaver seu imóvel, restituindo a importância recebida, indenizando as benfeitorias que porventura tenham propiciado o aumento de seu valor. A primeira menção à retrocessão no direito brasileiro, contudo, apareceu no artigo 5º, da Lei paulista nº 57, de 18 de março de 1836, sem maiores informações a respeito das condições ou modos de solicitar o retorno do bem. (MEDAUAR, 1986, p. 118).

O Decreto nº 1.021, de 26 de agosto de 1903, determinou que o Governo editasse um decreto que consolidasse toda a legislação vigente sobre desapropriações (artigo 2º), grande parte advinda da legislação do Brasil Imperial, bem como determinou que regulamentassem o procedimento e as regras para a ocupação temporária, quando fossem indispensáveis à execução das obras decretadas (artigo 3º).

Por isso, o *Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903*, consolidou toda a legislação vigente e adaptada aos termos do Decreto nº 1.021, de 26 de agosto de 1903, estabelecendo também as regras aplicáveis às ocupações temporárias. Assim, o Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903, com as adaptações exigidas pelo Decreto nº 1.021, de 26 de agosto de 1903, manteve as hipóteses e competências específicas

para desapropriação em casos de necessidade pública e utilidade pública, em semelhança ao Decreto nº 353, de 1945, porém com o rito sumaríssimo do Decreto 1.664, de 1855, ou seja, sem o procedimento de verificação dos casos de utilidade pública e de manifestação dos proprietários sobre o plano de obras, bem como vedando a interferência de qualquer autoridade judiciária ou administrativa contra desapropriação decorrente da aprovação dos planos de obras e plantas por Decreto (artigo 10).

É de ressaltar que tais disposições eram direcionadas somente para as obras da União ou do Distrito Federal, cabendo aos Estados federados estabelecerem procedimentos próprios, conforme sua competência legislativa. O Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903, estava inserido no contexto da Constituição de 1891, que não estabeleceu competência exclusiva da União para legislar sobre desapropriações, que foi prevista apenas na Constituição de 1934 (artigo 5º, inciso XIX, alínea “d”). Nesse novo contexto constitucional, foi editado o Decreto-Lei nº 496, de 14 de junho de 1938, que uniformizou a aplicação dessa legislação federal para todos os demais entes federativos.

Desde o ano de 1903, portanto, o procedimento sumaríssimo do Decreto 1.664, de 1855, anteriormente aplicável somente em desapropriações para a realização de obras de construção de estradas de ferro, foi abarcado como procedimento geral para todos os casos de desapropriações na legislação da República Velha. Em que pese a adoção desse procedimento desapropriatório mais específico e arbitrário, mantiveram-se na consolidação do Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903, diversas características da legislação geral de desapropriações criada pelo Império brasileiro, tais como definidas na Lei Geral de 1826 e no Decreto nº 353, de 1845. Dentre elas, merece recapitular: (i) a desapropriação somente ser consumada após a prévia indenização; (ii) a possibilidade de empresários e “companhias” responsáveis pela obra de se incumbirem da desapropriação (artigo 17); (iii) procedimento específico para verificação de casos de necessidade pública, o que se daria por meio de requerimento direcionado pelo Procurador da República ao Juiz do domicílio do proprietário (artigo 4º); (iv) procedimento específico para verificação dos casos de utilidade pública, o que se daria por meio de ato do Congresso Nacional, ou do

Presidente da República, quanto às obras federais, ou por ato do Conselho Municipal ou do Prefeito do Distrito Federal, em relação às obras municipais; (v) direito de extensão da desapropriação a todo o imóvel expropriado (artigo 12); (vi) a possibilidade de não se adotarem os procedimentos [formalidades] exigidas, nos casos de perigo iminente, como guerra, comoção, até que houvesse a indenização em momento oportuno (artigo 40), dentre outras disposições.

A avaliação do valor da indenização devida era diligenciada pelos peritos “arbitradores” nomeados por cada parte no processo, após a confirmação da recusa do valor ofertado pelo poder expropriante e o exigido pelo expropriado em audiência judicial. A avaliação seria feita por meio de diligência dos peritos, realizada de forma pública. Na mesma diligência, os arbitradores se reuniam em sala reservada, para estabelecer o montante devido da indenização, por “maioria de votos”⁵⁰ (artigo 27). Se houvesse desacordo entre os montantes definidos pelos arbitradores das partes expropriante e expropriado, o perito nomeado pelo Juiz estabeleceria um montante entre os valores mínimos e máximos arbitrados (artigo 28).

Com relação à ocupação temporária, o Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903, equiparou o instituto a uma espécie de “arrendamento forçado”, concedido mediante preço certo pelo tempo de sua duração, resguardada a responsabilidade por danos e prejuízos ocasionados ao imóvel ocupado e imprescindível para a execução de obras públicas. O arbitramento do valor da indenização pela ocupação temporária seria realizado através de procedimento judicial semelhante ao previsto para a definição do *quantum* indenizatório em desapropriações (artigo 42, §1º).

O atributo de “justa” indenização foi introduzido no Direito brasileiro, com a Constituição de 1934, que no seu artigo 113, nº 17, assim tinha previsto:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante

⁵⁰ O Decreto nº 4.956, de 1903, assim estabeleceu a competência dos peritos para definirem o valor das indenizações: “Art. 27. A discussão será publica, não podendo continuar além do dia designado para a diligencia; e logo que encerrada pelo juiz, os arbitradores se retirarão á sala particular e o que resolverem por maioria de votos, depois de reduzido a escripto pelo 3º e por todos assignado, será immediatamente entregue ao juiz, que homologará o laudo por sentença, condemnando nas custas a parte vencida”.

prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (BRASIL, 1934).

Contudo, essa prerrogativa de justiça na indenização foi retirada na Constituição Outorgada de 1937 e somente retornou ao seu status constitucional pela Constituição de 1946, em seu artigo 141, que além de justa, impôs que a prévia indenização fosse em dinheiro.

O marco normativo imperial das desapropriações, modificado em alguns aspectos pelo Decreto nº 1.021, de 26 de agosto de 1903 e consolidado pelo Decreto nº 4.956, de 09 de setembro de 1903 permaneceu vigente até a edição do *Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941*, norma geral de desapropriações vigente até a presente data.

O Decreto-lei nº 3.365/1941 estabelece que as desapropriações sejam realizadas somente por utilidade pública, redesenhando taxativamente novas hipóteses que possibilitam a expropriação, que se iniciaria com um ato administrativo do chefe do Poder Executivo nos Municípios, Estados, Distrito Federal ou União: *a declaração de utilidade pública*.

3.3.3 Confusão terminológica: desapropriação ou expropriação?

O termo “desapropriação” apareceu pela primeira vez em um diploma normativo brasileiro através da *Lei Geral de 09 de setembro de 1826* [*desapropriação*], um neologismo que se referia à expropriação de propriedade particular para atender a um fim público, mediante um caso de necessidade ou utilidade pública. Essa terminologia [“desapropriação”], desde então, passou a ser utilizada de forma generalizada nos diplomas normativos brasileiros ao se referirem ao instituto, bem como na prática administrativa, divergindo de todas as referências a esse instituto jurídico no Direito Comparado, que continuam utilizando a terminologia “expropriação”, respeitando sua origem terminológica⁵¹.

⁵¹ Essa afirmação se fundamenta em análise às Constituições de outros países de língua portuguesa, tais como Portugal, Moçambique, Angola, bem como em outros países centrais, tais como: a

Essa inovação terminológica, como decorrência, gerou um debate teórico entre alguns administrativistas sobre uma suposta diferenciação jurídica entre os termos “expropriação” e “desapropriação” no Direito brasileiro. Para alguns autores, “expropriação” se refere somente à perda de uma propriedade pelo Estado sem a correspondente indenização, como uma penalidade por um ilícito cometido.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 243, incorporou esse preciosismo linguístico ao afirmar que propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei “*serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei*”. Quanto às demais hipóteses, manteve-se o termo “desapropriação”.

É de se ressaltar que o Decreto-lei nº 3.365/1941, norma geral vigente que trata das desapropriações, confunde em diversos dispositivos os termos “desapropriação” e “expropriação”, principalmente quando menciona as figuras do “expropriante” (por exemplo, no artigo 15 e parágrafos) e “expropriado” (por exemplo, nos artigos 26 e 28, dentre outros).⁵²

Por isso, sempre que este trabalho menciona os termos “expropriação” e “desapropriação”, está se referindo ao mesmo instituto jurídico, dando preferência ao último termo, em vista de sua frequente utilização na legislação brasileira vigente. Para

legislação da França (*Code de L'expropriation pour cause d'utilite publique*); Constituição da Itália, em seu artigo 42 (“*espropriata per motivi d'interesse generale*”); legislação da Espanha (*Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa*); no Direito dos Estados Unidos da América, a qual a palavra “expropriation” vem sendo utilizada como o instituto que visa limitar o direito do Estado em se apropriar a propriedade do particular em vista de um bem público, conforme interpretação que se dá à quinta emenda à Constituição americana; na Lei Fundamental Alemã, no terceiro parágrafo do artigo 14 (“*Enteignung*”), conforme tradução conferida pelo dicionário Michaelis. Tal expressão também se encontra em atos normativos e na linguagem jurídica do Reino Unido, e em países da América Latina, como na legislação argentina, dentre outros. A verdade é que não existe terminologia correspondente à palavra “desapropriação” na língua inglesa e em outras línguas latinas, como a espanhola, francesa e italiana, as quais se referem ao instituto como “*expropriation*”, “*expropiación*”, “*expropriation*”, “*espropriazione*”, respectivamente. Disso, conclui-se que o termo “desapropriação” cuida de um neologismo brasileiro.

⁵² Nesse contexto, Hely Lopes Meirelles equipara os conceitos de desapropriação e expropriação, conceituando-os como: “[...] a transferência compulsória da propriedade particular [...] mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública [...] e de pagamento em títulos da dívida agrária [...]” (MEIRELLES, 1999, p. 536).

a expropriação/desapropriação sem a indenização, com viés punitivo, já existe um termo jurídico correspondente no Direito brasileiro e que deve ser utilizado: *o confisco*.

Portanto, casos em que a legislação prevê a expropriação sem indenização, a referência correta seria “confisco”, ou “expropriação confiscatória”, mas, a nosso ver, nunca “expropriação”, pois isso irá contradizer a origem histórica do instituto.

3.4 O Decreto-lei nº 3.365/1941: a guinada legislativa para um novo sistema

As inovações legislativas trazidas pelo Decreto-lei nº 3.365/1941 realmente representaram uma guinada para um novo sistema legislativo que rege as desapropriações. As novas normas não apenas modificaram a competência para o ato, mas todo o procedimento expropriatório, a ser aplicado em todo território nacional⁵³.

Seabra Fagundes (1949, p. 47) testemunhou que o Decreto-lei nº 3.365/1941 veio atender “a uma premente necessidade do direito processual brasileiro, e o fez com felicidade, pois se pode dizer, sem exagero, constitui um excelente texto legislativo”. Os aplicadores do Direito, antes da vigência do atual diploma geral de desapropriações, muito criticavam a desorientação normativa que consubstanciou a consolidação promovida pelo Decreto nº 4.956/1903. Segundo Seabra Fagundes:

Pelas redundâncias, pelas contradições, pela inútil complexidade do processo adotado e pelas impropriedades terminológicas, constitui-se um acervo de imperfeições, difícil de entender e mais difícil ainda de aplicar. E custa crer tenha sido, durante mais de 40 anos o único texto legislativo federal sobre o assunto, inspirando ainda quase todas as leis estaduais relacionadas com a matéria. (FAGUNDES, 1949, p. 46).

⁵³ O artigo 1º do Decreto-lei nº 3.365/1941 determina a aplicação da nova regulação sobre desapropriações em todo território nacional, em desapropriações realizadas não somente pela União, mas também pelos Estados, Municípios e Distrito Federal. Isso não é novidade dessa lei, pois a uniformidade de aplicação da legislação federal sobre desapropriações já havia sido determinado por meio do Decreto-Lei nº 496, de 14 de junho de 1938. Além disso, no atual contexto constitucional, a lei geral de desapropriações será aplicada integralmente ao território nacional, pois, de acordo com o artigo 22, inciso II, da Constituição da República de 1988, compete privativamente à União legislar sobre a matéria. Lei complementar poderia autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas à desapropriação, conforme permite o parágrafo único do artigo 22, do texto constitucional vigente. Contudo, tal lei específica não existe no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, o novo marco legal instaurado no ano de 1941 simplificou o procedimento expropriatório. Ao que parece, a simplicidade e celeridade do procedimento expropriatório foram a intenção do legislador, que atendeu às demandas dos aplicadores do Direito à época em face da criticada complexidade da legislação anterior.

Assim, diversas mudanças foram realizadas no procedimento expropriatório e nos direitos dos expropriados de forma a tornar a desapropriação mais célere. Dentre tais mudanças, podem ser mencionados: (i) a definição de um procedimento único para a desapropriação, com a incorporação de todos os antigos casos de necessidade pública pelas novas hipóteses de utilidade pública; (ii) o afastamento do sistema de verificação dos casos de necessidade ou utilidade pública, mediante a institucionalização do início do procedimento expropriatório através da declaração de utilidade pública; (iii) a nova abrangência dos bens expropriáveis, com a expressa possibilidade de desapropriação de bens públicos, respeitada a gradação federativa estabelecida; (iv) o novo papel do juiz na definição da indenização; (v) o instituto da imissão provisória na posse; (vi) o sistema de indenização única, com a sub-rogação de todos os direitos de terceiros no valor da indenização a ser concedida somente ao proprietário e; (vii) a vedação da retrocessão em caso de incorporação do bem expropriado ao patrimônio público.

Várias dessas características, com pequenas alterações posteriores, vêm sendo objeto de intensos debates e críticas pela doutrina e jurisprudência, à luz de princípios constitucionais e outras normas aplicáveis. Diversas questões pontuais relativas à desapropriação, como será demonstrado, não estão pacificadas entre a doutrina e a Jurisprudência.

Contudo, o presente trabalho buscará abordar diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais relativas a particularidades do procedimento expropriatório regulamentado pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, com o objetivo de criticar institutos e normas vigentes e delinear interpretações normativas mais adequadas aos preceitos deontológicos do princípio democrático. Antes disso cumpre contextualizar brevemente algumas inovações legislativas trazidas pelo “novo” marco legal das desapropriações.

3.4.1 As hipóteses de utilidade pública e a incorporação dos casos de necessidade pública

A primeira dessas inovações foi incluir todos os casos anteriormente taxados de “necessidade pública” como pertencentes à categoria de “utilidade pública”, mencionados no seu artigo 5º, e sujeitos a um procedimento administrativo e judicial uniforme. Ao contrário do que antes previa a legislação, entendeu-se que não haveria motivos para estabelecer procedimentos e competências diferenciados para verificar e promover a desapropriação para casos de necessidade e utilidade pública.

Antes mesmo da vigência do Decreto-lei nº 3.365/1941, já se argumentava que a diferenciação de casos de necessidade e utilidade pública em nada influía na técnica do instituto, pois todos os casos seriam, sempre, parte de um gênero “utilidade pública.” (CRUZ, 1941, p. 46).

Ao lado da “incorporação” dos casos de “necessidade pública” aos de “utilidade pública”, foram tipificadas outras tantas hipóteses permissivas para a expropriação por utilidade pública. Os casos permissivos de desapropriação por utilidade pública, portanto, foram previstos em um rol taxativo⁵⁴ previsto no artigo 5º, do Decreto-lei nº 3.365/1941. Enumeremos⁵⁵:

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;

⁵⁴ Para além desses, podem existir outras hipóteses de utilidade pública permissivas da desapropriação, desde que previstas em Lei, tal como ressaltou a alínea “p”, do artigo 5º, do Decreto-lei nº 3.365/1941.

⁵⁵ A explicitação e contextualização jurídica de cada hipótese de desapropriação prevista no artigo 5º, do Decreto-lei extrapolariam aos objetivos do presente trabalho. Para análise crítica de cada uma das hipóteses permissivas de desapropriação por utilidade pública, recomendamos a leitura das obras de Cretella Júnior (1995, p. 154 *et seq.*), Seabra Fagundes (1949, p. 109 *et seq.*), Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977, p. 246 *et seq.*), José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 173 *et seq.*).

- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; [Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999]
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico;
- m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
- n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
- o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p) os demais casos previstos por leis especiais. (BRASIL, 1941).

Nesse contexto, é de se pontuar a inócua menção em desapropriação por “necessidade pública” na legislação posterior ao Decreto-lei nº 3.365/1941. O Decreto-lei nº 3.365/1941 surgiu na vigência da Constituição outorgada de 1937, do Estado Novo varguista, a qual previa que a desapropriação ocorreria somente nos casos de necessidade ou utilidade pública, conforme previsto no artigo 122, inciso 14.

Em que pese o Decreto-lei nº 3.365/1941 ter abarcado os casos anteriormente previstos de necessidade pública, em um só conceito de utilidade pública, por mais de cinco anos depois, a *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*, continuou prevendo a inútil dicotomia, em seu artigo 141, §16, da seguinte forma:

É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por *necessidade ou utilidade pública*, ou por *interesse social*, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. (BRASIL, 1946) (grifo nosso).

O termo “necessidade pública” permaneceu desnecessariamente em todas as Constituições brasileiras posteriores: na Constituição de 1967, no seu artigo 150,

§22⁵⁶, e, posteriormente à Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, no seu artigo 153, §22⁵⁷; e no artigo 5º, inciso XXIV⁵⁸, da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em vista da análise da legislação anterior, a menção à “necessidade” se explica somente por razões históricas. Diante de competências diferenciadas para a verificação da existência da necessidade pública e da utilidade pública, essa dicotomia na legislação anterior ao Decreto-lei nº 3.365/1941 tinha sua razão de ser.⁵⁹

Mas, com a vigência do Decreto-lei nº 3.365/1941 que renomeou os casos de necessidade pública, unificando todos os casos para um mesmo procedimento, é de se concluir que a menção à “necessidade pública” na legislação posterior evidencia uma inconformidade linguística a ser ignorada.

Só não será inócua a menção ao termo se a Lei federal renomear novos casos de necessidade pública, subordinando-se a um procedimento específico a par dos casos de utilidade pública.

⁵⁶ “Art. 150 [...] §22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, §1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior”.

⁵⁷ “Art. 153 [...] § 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior”.

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

⁵⁹ Como visto, a dicotomia “necessidade” e “utilidade” foi construída pela Lei Geral de 1826, que, em seus artigos 1º e 2º, passou a definir hipóteses diferenciadas de desapropriação, para as quais haveria um procedimento específico, dependendo ser o caso de necessidade ou utilidade pública. Em caso de necessidade pública, havia um procedimento de verificação a ser instaurado por requerimento do Procurador da Fazenda Nacional perante o Juiz do domicílio do proprietário. Sendo o caso de utilidade pública, a verificação do motivo seria realizada por ato do Poder Legislativo, órgão ao qual seria direcionado o mencionado requerimento do Procurador da Fazenda Pública. Posteriormente, através do Decreto nº 353/1945, a verificação de utilidade pública passou ser atribuição conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, através de um procedimento deliberativo que tramitava na Câmara Municipal e em órgãos do Poder Executivo.

3.4.2 A abrangência dos bens desapropriáveis

A legislação inovou no ordenamento jurídico, ao prever expressamente que “todos os bens” podem ser objeto de desapropriação por parte de todos os entes federativos (artigo 2º). É certo que as previsões constitucionais sobre desapropriações permitiam subsumir que todo bem poderia ser passível de desapropriação. Mas nenhuma legislação infraconstitucional, anteriormente ao Decreto-lei nº 3.365/1941, assim previu expressamente.

A desapropriação de bens públicos passou a ser expressamente permitida (artigo 2º, §2º), desde que respeitada a suposta supremacia política da federação da República⁶⁰, ou seja, “bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e dos Municípios pelos Estados”, em todo caso precedido de autorização legislativa (artigo 2º, §2º).

Assim, atendendo às hipóteses permissivas da desapropriação (artigo 5º), qualquer bem, seja imóvel, móvel, corpóreo, incorpóreo, fungível⁶¹ ou infungível, direitos reais sobre coisas, direitos autorais, dentre outros, podem ser objetos de desapropriação. Mas, obviamente, somente poderão ser objeto de desapropriação os bens alienáveis. Aquilo que não é alienável não pode ser objeto de desapropriação, tais como os bens personalíssimos, como a vida, a liberdade, a honra etc. (MELLO, 2006a, p. 831).

A moeda também não é passível de desapropriação. Seabra Fagundes (1949, p. 60 *et seq.*), citando Gabino Fraga, menciona que o dinheiro é insuscetível de desapropriação “porque esta importando numa retribuição pecuniária tornar-se-ia

⁶⁰ Essa gradação estabelecida no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941 será analisada e criticada mais adiante.

⁶¹ Há quem entenda que somente bens infungíveis são desapropriáveis, não podendo ser aqueles que possam ser adquiridos no mercado. Nesse sentido, José Cretella Júnior (1998, p. 96) bem explica o requisito da infungibilidade de um bem expropriável: “Quais os objetos suscetíveis de serem desapropriados? Em princípio o objeto da desapropriação pode ser qualquer coisa considerada indispensável para a concretização de um fim público [...] e, para tanto, é preciso que a coisa não possa ser substituída por outra da mesma espécie. Em outras palavras, o único requisito é que se trate não penas de coisa determinada quanto ao *gênero*, mas quanto à *espécie*, ou seja, *bem infungível*”.

contraditória em tal caso”. O meio de levá-lo ao poder público, segundo Fagundes (1949, p. 61) é a tributação⁶².

Além disso, os bens que não guardam pertinência lógica com a hipótese expropriatória apresentada não podem ser desapropriados, pois isso representaria em evidente desvio de finalidade. Seria o caso, por exemplo, de imóvel rural produtivo desapropriado para fins de reforma agrária.

3.4.3 A declaração de utilidade pública

A alteração mais relevante, a nosso ver, no marco legislativo das desapropriações, no Brasil, pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, foi estabelecer o início do procedimento expropriatório através de um ato administrativo expedido pelo Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal ou, alternadamente, por ato do Poder Legislativo dessas esferas federativas, qual seja: a *declaração de utilidade pública*.

Através da legislação imperial aplicável às desapropriações, como visto, era imprescindível a realização de um procedimento de verificação de necessidade ou utilidade pública, no qual somente sua conclusão, regra geral, viabilizaria a desapropriação. A verificação da necessidade pública ficava a cargo do Poder Judiciário e a verificação da utilidade pública incumbia ao Poder Legislativo⁶³ e,

⁶² Todavia, Seabra Fagundes (1949, p. 61) menciona o caso de alguns Estados da União, nos Estados Unidos da América, permitem a desapropriação do dinheiro, em caso urgente e imediata necessidade, mas que tais valores seriam restituídos posteriormente. Trata-se, a nosso ver, do instituto do empréstimo compulsório, previsto no artigo 148, da Constituição da República de 1988.

⁶³ É o que dispunha a Lei de 9 de setembro de 1826, conforme sua redação original: Art. 3.º A verificação dos casos de necessidade, à que se destinar a propriedade do cidadão, será feita a requerimento do Procurador da Fazenda Publica, perante o Juiz do domicilio do proprietario, com audiencia delle: mas a verificação dos casos de utilidade terá logar por acto do Corpo Legislativo, perante o qual será levada a requisição do Procurador da Fazenda Publica, e a resposta da parte”. O Decreto nº 353/1845, regulamentou o processo da verificação de utilidade pública da seguinte forma, nos termos de sua redação original: “Art. 2º Quando fôr determinada por Lei, ou Decreto, qualquer obra das indicadas no artigo antecedente, comprehendendo, no todo, ou em parte, predios particulares, que devão ser cedidos, ou desapropriados, sera levantado por Engenheiros, ou peritos, o plano da obra, e as plantas dos prédios comprehendidos, declarando-se os nomes das pessoas a quem pertencem. Art. 3º Tanto o plano da obra, como as plantas dos predios comprehendidos, serão depositados na Camara Municipal respectiva, e ahi expostos ao conhecimento dos proprietarios por dez dias, contados do dia da convocação, por bando feito aos mesmos para esse fim. A mesma convocação será feita por editaes affixados em lugares publicos, e em Jornaes, havendo-os no Municipio. [...] Art. 11. O Juiz do Cível de primeira instancia pronunciará a desapropriação, á vista dos seguintes requisitos: § 1º Lei, ou Decreto Imperial, que autorize algumas das obras, ou estabelecimentos declarados no art. 1º. § 2º

posteriormente, ao Poder Executivo, mediante um procedimento deliberativo anterior realizado com o apoio do Poder Legislativo, exceto em casos reputados urgentes.

Em todos esses casos, seria oportunizada a manifestação prévia do proprietário sobre o pedido de desapropriação ou sobre as plantas de obras para a execução dos projetos, no caso de utilidade pública. Como observa Eurico Sodré (1945):

[...] a verificação da necessidade pública, como da utilidade pública tinha um caráter quase contencioso. A necessidade era declarada pelo Juiz; a utilidade, pelo Corpo Legislativo; mas sempre, com audiência do proprietário dos bens atingidos. Nos casos urgentes, cessavam essas formalidades, o Poder Público entrava na posse ou mesmo no domínio dos bens particulares, avaliava-os, reservando aos proprietários respectivos o direito de receber a indenização. (SODRÉ, 1945, p. 52).

Posteriormente, o Decreto nº 4.956/1903⁶⁴ reduziu esses canais deliberativos para discussão das intenções de declaração de utilidade pública, através do seu artigo 5º⁶⁵, porém manteve o procedimento contraditório para a verificação dos casos de necessidade pública⁶⁶. Acerca do expediente contraditório para a verificação dos casos anteriormente previstos para a utilidade pública, Eurico Sodré (1945) opinou:

Não há mal, em princípio, que o Governo divulgue estudos, planos ou projetos de obras, que pretenda empreender, dando dessa maneira satisfação

Decreto Imperial, que approve definitivamente os planos das ditas obras. § 3º Plantas de cada uma das propriedades particulares compreendidas no plano, com indicação dos nomes dos proprietarios. § 4º Certidão de se haverem praticado todas as formalidades exigidas para a aprovação definitiva dos planos. § 5º Citação dos proprietarios, e suas mulheres. Esta decisão será intimada aos proprietarios, e della se dará aggravo de petição, ou de instrumento, no qual só haverá provimento, quando faltar algum dos requisitos exigidos neste artigo, ou a decisão não fôr conforme a elles”.

⁶⁴ Como visto, o Decreto nº 4.956/1903 é uma consolidação das normas aplicáveis à desapropriação por necessidade e utilidade pública advindas do Brasil imperial, com algumas modificações posteriores.

⁶⁵ Decreto nº 1.021/1903, conforme redação original: “Art. 5º A verificação dos casos de utilidade publica terá logar por acto do Congresso, ou do Presidente da Republica, quanto ás obras da competencia da União, por ella executadas, ou por empregarios, ou companhia, a quem fôr incumbida a sua execução. E por acto do Conselho, ou do Prefeito do Districto Federal, em relação ás obras de utilidade publica do Municipio, por elle projectadas e executadas administrativamente, ou por contracto (dec. n. 353 de 1845, arts. 2º e 11 e § 1º; dec. leg. n. 1021 de 26 de agosto de 1903, art. 1º)”.

⁶⁶ Decreto nº 4.956/1903: “Art. 4º A verificação dos casos de necessidade publica, a que se destinar a propriedade particular, será feita á requerimento do procurador da Republica perante o juiz seccional do domicilio do proprietario, com audiencia deste (lei de 1826, art. 3º)”.

e conhecimento ao povo. Será até aplaudível êsse gesto, agradável ao espírito democrático, fiscalizador e colaboracionista da época. Dessa publicidade surgirão talvez críticas construtivas. O que se repele, porém, no caso, é torná-la condição legal para a aprovação definitiva daqueles planos e projetos. Seria moroso, desarrazoado e contrário à desejável rapidez administrativa, abrir debates públicos obrigatórios sempre que se houvesse de decretar uma desapropriação. (SODRÉ, 1945, p. 55).

Anteriormente ao Decreto-lei nº 3.365/1941, a verificação das hipóteses permissivas da desapropriação ocorria através de um sistema tríplice: incumbia aos poderes legislativo, executivo e judiciário, dependendo do caso⁶⁷.

Contudo, o Decreto nº 3.365/1941 mudou essa sistemática para a efetivação da desapropriação. Para isso, dispôs que “mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios” (artigo 2º). Para tanto, “a declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito” (artigo 6º). (BRASIL, 1941).

O Decreto-lei nº 3.365/1941 atribuiu ao chefe do Poder Executivo, a competência para emitir a declaração de utilidade pública, mediante um ato simples, sem necessidade de manifestação de qualquer outra autoridade pública ou dos cidadãos interessados.

Ou seja, o Decreto-lei nº 3.365/1941 instaurou *o sistema da decretação* – e, não, verificação – da utilidade pública de um bem pelo chefe do Poder Executivo, cabendo a este poder, ainda, a realização dos atos necessários para sua efetivação⁶⁸. De forma excepcional, o Poder Legislativo pode tomar a iniciativa da desapropriação que, de todo modo, ficará a cargo do Poder Executivo⁶⁹.

⁶⁷ Nesses termos, Eurico Sodré (1945, p. 51) dispunha: “A que autoridade, porém, compete fazer essa declaração? Vigoram, a êsse respeito, três sistemas: a) o sistema legislativo; b) o sistema do poder executivo; c) o sistema misto. O primeiro, é seguido na Inglaterra, na Suíça, nos Estados Unidos; segundo, é seguido na Bélgica, Alemanha e entre nós. O terceiro, é seguido na França e na Itália. A êsses três sistemas em que se agrupam as legislações modernas, um outro, meio obsoleto, se poderia acrescentar: o do poder judiciário, vigorante até há pouco entre nós, no tocante aos casos de necessidade pública”.

⁶⁸ Segundo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977, p. 72), “há dois momentos cautelares para o Poder Público: o momento em que declara e o momento em que promove a desapropriação. Pelos dois momentos se desdobra o ato administrativo. Conjuga-se a vontade-ato, com o processo-fato. Identifica-se a vontade com o seu fim”.

⁶⁹ Como bem explica Antônio Carlos Costa e Silva: “o Legislativo pode editar lei declarando um bem de utilidade ou necessidade pública. No entanto, compete ao Executivo, mediante decreto, repetir e

A “declaração de utilidade pública” evidencia, portanto, a substituição do sistema que impunha a existência prévia de um procedimento para verificação da necessidade ou utilidade pública perante o Poder Judiciário ou o Legislativo, dependendo do caso, no qual se prezava a deliberação junto com o proprietário e outros potenciais interessados na desapropriação, bem como do procedimento de análise prévia e discussão prévia do plano de obra pelo proprietário a ser atingido pelo ato expropriatório, posteriormente, nos casos de desapropriação por utilidade pública. A partir do Decreto-lei nº 3.365/1941, para desapropriar qualquer bem, torna-se suficiente a edição de um ato administrativo específico, declarando de utilidade pública determinado bem alienável, devidamente delimitado, pelo respectivo chefe do Poder Executivo (artigo 2º).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a) pontua que o procedimento expropriatório divide-se em duas fases: (i) a fase declaratória e (ii) a fase executória.

A fase declaratória, segundo esse autor é consubstanciada na declaração de utilidade pública. A fase executória, por sua vez, “corresponde às providências concretas para efetivar a manifestação de vontade consubstanciada na declaração de utilidade pública”. (MELLO, 2006a, p. 833). Para tanto, a fase executória é dividida em duas subfases: a fase extrajudicial e a fase judicial.

A declaração de utilidade pública é, com isso, nos termos do Decreto-lei nº 3.365/1941, um ato administrativo que somente tem por objetivo instaurar um procedimento para definir o valor da justa indenização e obter a alienação do bem pretendido pelo Estado, o qual é necessário desapropriar. No modelo do Decreto-lei nº 3.365/1941, a declaração de utilidade pública, conforme ensina Seabra Fagundes (1949), é:

[...] uma operação de caráter puramente administrativo que implica no reconhecimento, por parte da autoridade executiva, da imprescindibilidade ou conveniência de incorporar no patrimônio público determinado direito individual e é sempre precedida duma série de medidas (planos, inquéritos, estudos, plantas, etc.). (FAGUNDES, 1949, p. 62).

regulamentar a lei declaratória, para que se harmonizem as disposições constantes dos artigos 6º e 8º da referida Lei das Desapropriações [Decreto-lei nº 3.365/1941]. Ao Executivo sendo concedida a legitimidade para propor, judicial ou extrajudicialmente, a execução da declaração formal contida na Lei.” (SILVA, 1975, p. 297).

Trata-se de formalidade que precede a todas as outras na desapropriação (FAGUNDES, 1949, p. 61), o início do procedimento expropriatório. A partir da declaração de utilidade pública decorrem os seguintes efeitos, conforme muito bem expõe Seabra Fagundes (1949):

- A) autorização implícita para que a autoridade administrativa penetre nos imóveis compreendidos na declaração⁷⁰ [...];
 - B) início do prazo de caducidade da própria declaração da própria declaração⁷¹ [...];
 - C) fixação do estado físico da coisa, sobre o qual será calculado o seu valor e arbitrada a indenização⁷² [...];
 - D) desobrigação do expropriante do pagamento das benfeitorias voluptuárias, que ainda realize o proprietário⁷³ [...];
 - E) desobrigação, para o expropriante, do pagamento das benfeitorias úteis, que o proprietário ainda venha a realizar, salvo se autorizadas por ele próprio⁷⁴ [...];
 - F) impossibilidade de deslocação da coisa exproprianda para circunscrição territorial diferente daquela em que se deve efetuar o exproprio⁷⁵ [...].
- (FAGUNDES, 1949, p. 67).

A legislação anterior previa a possibilidade de empresários e “companhias” responsáveis pela obra de se incumbirem da desapropriação. O Decreto-lei nº 3.365/1941, de forma semelhante, mas não idêntica, previu a possibilidade de concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público em promoverem desapropriações, desde

⁷⁰ Conforme o artigo 7º: “Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial”.

⁷¹ Conforme o artigo 10º: “Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração”.

⁷² Neste caso, o autor faz referência à antiga redação do artigo 26, que afirmava que o valor da indenização será contemporânea ao da avaliação. Através da Lei nº 2.786/1956, o artigo 26 passou a prever que o valor da indenização será contemporâneo ao da avaliação: “No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado”.

⁷³ Conforme o artigo 26, §1º: “Serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as úteis, quando feitas com autorização do expropriante”.

⁷⁴ Nos termos do artigo 26, §1º, mencionado na nota acima.

⁷⁵ Seabra Fagundes (1949, p. 63 *et seq.*) chega a essa conclusão em razão do entendimento de que não é possível uma entidade federativa declarar de utilidade pública um bem que se encontra fora de sua circunscrição territorial. Se, após a declaração de utilidade pública, o proprietário do bem pretender frustrar a intenção expropriatória transportando o bem declarado de utilidade pública (se for móvel) para outra circunscrição territorial, caberá ao poder expropriante requerer o sequestro ou busca e apreensão do bem.

que haja expressa autorização em lei ou em contrato (artigo 3º). Neste ponto, é de ressaltar que a possibilidade de promoção da desapropriação não significa que a pessoa jurídica de Direito privado possa declarar o bem de utilidade pública, competência exclusiva do poder público. (FAGUNDES, 1949, p. 71). O direito de promover a desapropriação significa somente a faculdade de concretizá-la, seja realizando a negociação de preços com os proprietários na fase de execução administrativa, seja indo a júízo para efetivá-la.

3.4.4 Outras figuras “parainstitucionais” no contexto do Decreto-lei nº 3.365/1941

São figuras “parainstitucionais”⁷⁶ aqueles institutos jurídicos existentes em função do instituto das desapropriações, tais como a retrocessão, o direito de extensão, desapropriação indireta, desapropriação por zona, dentre outros, que representam características específicas do instituto desapropriatório ou que visam ao resguardo do direito de propriedade.

Vários desses institutos parainstitucionais receberam tratamento diferenciado pelo Decreto-lei nº 3.365/1941. Outros mantiveram suas características previstas na legislação revogada. É conveniente abordar sucintamente alguns desses institutos para a devida contextualização do novo sistema legislativo instaurado pelo Decreto-lei nº 3.365/1941.

Ao contrário do que dispunha expressamente o Decreto nº 1.021/1903, o Decreto-lei nº 3.365/1941 não mais previu o instituto da *retrocessão*, como fixava a legislação anterior. De acordo com a nova legislação, os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser reavidos pelos antigos expropriados, ainda que diante de nulidade do processo de desapropriação. O

⁷⁶ Essa expressão (“parainstitucionais”) é utilizada por Manoel de Oliveira Sobrinho (1977, p. 173) para designar diversos institutos jurídicos relacionados à desapropriação, previstos ou não na legislação que rege a matéria. Segundo esse autor “o instituto da desapropriação alcançou implicações institucionais de larga compreensão de problemas que surgiram, consequentes do resguardo do direito de propriedade. Vale, pela importância, enumerá-las: retrocessão; desapropriação indireta; reversão; servidão; requisição; desapropriação condicional; desapropriação tácita; revenda; e perigo iminente.” (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 173).

ajuizamento de ação judicial, cujo pedido de declaração da nulidade da desapropriação seja julgado procedente, somente se resolverá em perdas e danos (artigo 35)⁷⁷.

Ademais, não se previu, expressamente, o *direito de extensão*, antes disciplinado no artigo 12, do Decreto nº 4.956/1903. No novo sistema, o valor da indenização deve incluir a desvalorização resultante da área remanescente da desapropriação, nos termos do artigo 27, do Decreto-lei nº 3.365/1941. Isso não impediu que jurisprudência superveniente permitisse o exercício do direito de extensão quando o bem remanescente não possibilitasse proveito econômico algum, com escopo no instituto da desapropriação indireta.⁷⁸

Também deixou de ser previsto, expressamente, o *direito de preferência*, em caso de trestinação, ou seja, quando o poder expropriante conferir utilização diversa ao inicialmente previsto. Todavia, tal instituto foi disciplinado através do Código Civil de 1916, em seu artigo 1.150, e no novo Código Civil de 2002, no artigo 519.

Outra novidade trazida pelo novo sistema legislativo foi a previsão do instituto da *servidão administrativa*: “o expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei” (artigo 40).

Isso evidencia a intenção legislativa de que a instituição de servidões administrativas deverá ocorrer através de ato declaratório de utilidade pública,

⁷⁷ A retrocessão é um dos institutos inerentes ao marco legal das desapropriações que merece ter suas implicações práticas revistas, à luz do princípio democrático, conforme demonstraremos mais adiante.

⁷⁸ Nesse sentido, o *Superior Tribunal de Justiça* já decidiu: “ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. UTILIDADE PÚBLICA. DIREITO DE EXTENSÃO. CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Direito de extensão é o que assiste ao proprietário de exigir que se inclua no plano de desapropriação a parte remanescente do bem, que se tornou inútil ou de difícil utilização. 2. (...) o pedido de extensão é formulado na via administrativa, quando há a perspectiva de acordo, ou na via judicial, neste caso por ocasião da contestação. O réu, impugnando o valor ofertado pelo expropriante, apresenta outra avaliação do bem, considerando a sua integralidade, e não a sua parcialidade, como pretendia o autor. O juiz, se reconhecer presentes os elementos do direito, fixará a indenização correspondente à integralidade do bem. Resulta daí que é o bem, da mesma forma em sua integralidade, que se transferirá ao patrimônio do expropriante” (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 11ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 723). 3. O direito de extensão nada mais é do que a impugnação do preço ofertado pelo expropriante. O réu, quando impugna na contestação o valor ofertado, apresenta outra avaliação do bem, abrangendo a integralidade do imóvel, e não apenas a parte incluída no plano de desapropriação. Assim, o pedido de extensão formulado na contestação em nada ofende o art. 20 do Decreto-Lei 3.365/41, segundo o qual a contestação somente pode versar sobre “vício do processo judicial ou impugnação do preço”. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público. 4. Recurso especial não provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 986.386/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17 mar. 2008).

seguidos dos processos extrajudicial e judicial definidos no Decreto-lei nº 3.365/1941. Mas não impede a instituição de servidão administrativa mediante Lei.⁷⁹

A menção à instituição das servidões administrativas pelo artigo 40, do Decreto-lei nº 3.365/1941, segundo o qual a instituição da servidão deverá ser indenizada na forma dessa lei, suscita a indagação de se tal instituto guarda semelhança, ou não, com o instituto da desapropriação⁸⁰. No caso, é relevante

⁷⁹ O artigo 695, do Código Civil de 1916, tratava do instituto da servidão da seguinte maneira: “Impõe-se a servidão predial a um prédio em favor de outro, pertencente a diverso dono. Por ela perde o proprietário do prédio servente o exercício de alguns de seus direitos dominicais, ou fica obrigado a tolerar que dele se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante.” (BRASIL, 1916). O Código Civil de 2002 modernizou o conceito de servidão em seu artigo 1.378, *in verbis*: “A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio servente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.” (BRASIL, 2002). Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a, p. 862) define a servidão administrativa como o “direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo”. Esse autor pontua que a servidão administrativa pode se constituir de forma genérica pela lei, ao lado da possibilidade de se constituir mediante ato administrativo específico e individualizado. Nesse sentido, ao buscar diferenciar as servidões das limitações administrativas, ele resumiu seu entendimento da seguinte maneira: “Se a propriedade é atingida por um ato específico, imposto pela Administração, embora calcada em lei, a hipótese é de servidão, porque as limitações administrativas à propriedade são sempre genéricas. Se a propriedade é afetada por uma disposição genérica e abstrata, pode ou não ser caso de servidão. Será limitação, e não servidão, se impuser apenas um dever de abstenção: um *non facere*. Será servidão se impuser um *pati*: obrigação de suportar.” (MELLO, 2006a, p. 865). Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 162 *et seq.*), por sua vez, conceitua a servidão administrativa como “o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública”.

⁸⁰ Seabra Fagundes (1949) entende que a menção da possibilidade de o poder público constituir servidões, no Decreto-lei nº 3.365/1941, é uma disposição dispensável. Isso, porque defende que a servidão é uma espécie de *desapropriação parcial*, pois significa a expropriação somente de alguns atributos do direito de propriedade. (FAGUNDES, 1949, p. 501). Para tanto, seria necessária a declaração de utilidade pública da servidão, na mesma forma que a desapropriação comum. (FAGUNDES, 1949, p. 505). Este autor refuta os argumentos contrários a esse posicionamento, segundo os quais o elemento característico da desapropriação é a passagem da coisa do poder do indivíduo ao do Estado. Para refutar esses argumentos, Seabra Fagundes professa o seguinte: “Não há dúvida que, em regra, a desapropriação faz passar a coisa do poder do expropriado ao do expropriante, mas isto é somente uma manifestação exterior do que ocorre em fundo, que é a transferência do direito expropriado de um titular a outro. Desde, porém, que esta transferência se possa dar sem aquela, isto é, desde que o expropriante, pelas condições especiais do direito expropriado, o possa exercer independente de se investir na disposição integral do bem objeto da relação jurídica, este pode permanecer em poder do indivíduo, sem prejuízo do exercício do direito do expropriante. É o que sucede, ao nosso ver, na desapropriação de servidões”. (FAGUNDES, 1949, p. 502 *et seq.*). Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977) afirma que o disposto no artigo 40, advertindo sobre a constituição de servidões, não importa transferência pacífica ou compulsória da propriedade. Por isso, essa servidão administrativa “não faz desapropriação, mas é indenizável como um tipo de ocupação temporária imposta pela utilidade pública.” (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 328). Além disso, Franco Sobrinho argumenta que é necessário distinguir dois pontos no que tange à servidão administrativa: “Dois pontos fixa claramente o legislador brasileiro: a) o da servidão de uso e não de

diferenciar a restrição da propriedade em função de um ônus que ela é obrigada a suportar da extinção completa de todos os atributos da propriedade sobre um bem. Somente neste último caso que se pode falar em desapropriação e não quando há uma declaração de utilidade pública para instituir uma servidão administrativa.

Obviamente, caso a instituição da servidão provoque a inviabilidade do uso do direito de propriedade, será o caso de desapropriação indireta, quando o bem serviente terá que ser indenizado no seu todo.

Assim, a simples menção do instituto da servidão administrativa no Decreto-lei nº 3.365/1941, apesar de ter gerado confusões doutrinárias e jurisprudenciais em torno de sua natureza jurídica, não serviu para transformá-lo em uma espécie de desapropriação.

A servidão pode ser constituída: (i) por lei, independente de qualquer ato jurídico posterior⁸¹; (ii) por acordo, precedida de um “ato declaratório de utilidade pública”; ou (iii) por sentença judicial, quando não houver acordo para sua constituição após a declaração de utilidade pública ou quando sejam adquiridas por

domínio sobre a coisa; b) o da servidão mediante indenização na forma da lei. Não vinga a hipótese de desapropriação relacionada com o direito de servidão. No entanto, pode o Estado desapropriar o direito de servidão, em favor do fim expropriatório”. (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 328). Ao lado de Franco Sobrinho, Bandeira de Mello e Di Pietro, autores mais atuais, não se pautam pelo preceito de que a servidão administrativa é modalidade de desapropriação. Pelo contrário, entendem que servidão e desapropriação são institutos diversos, pois não é necessário desapropriar para instituir uma servidão. O *Superior Tribunal de Justiça* é trepidante nesse ponto. Já se posicionou de forma diversa, conforme se verifica da Súmula nº 56, a qual dispõe que “na desapropriação para instituir servidão administrativa são devidos os juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade”. Contudo, existem algumas decisões, pouco firmes, mas que espelham um entendimento dessa Corte que menciona o instituto da servidão administrativa como categoria autônoma da desapropriação, mesmo que ambos tenham a mesma origem: a declaração de utilidade pública. Isso o que se extrai, por exemplo, do teor dos seguintes acórdãos: AgRg no AG nº 1255718, publicado em 01/07/2010; e REsp 857.596/RN, publicado em 19/05/2008. Através dessas decisões, é possível deduzir que, nos casos em que a servidão deve ser instituída mediante declaração de utilidade pública, o procedimento a seguir é o definido no Decreto-lei nº 3.365/1941, principalmente para analisar a indenização devida ao proprietário do imóvel atingido.

⁸¹ É possível mencionar diversas normas contidas em vários diplomas normativos que instituem servidões administrativas, prescindindo da declaração de utilidade pública. É o caso, por exemplo: do artigo 31, parágrafo único, e artigo 11, §2º, do *Código de Águas* (Decreto nº 24.643/1934), que estabelece servidão para utilização de rio para navegação; o artigo 151, do *Código de Águas* (Decreto nº 24.643/1934) que institui a competência dos concessionários de serviços de energia elétrica para criar servidões permanentes ou temporárias para as obras hidráulicas e para o transporte e distribuição de energia elétrica; o artigo 12, do *Código de Águas Minerais* (Decreto-Lei nº 7.841/1945), que dispõe sobre a possibilidade de decreto definir perímetro de proteção de fontes de água mineral; o artigo 18, do Decreto-lei nº 25/1937, que estabelece uma espécie de servidão de visibilidade em benefícios de imóveis tombados, dentre outras hipóteses de servidão instituídas por Lei.

usucapião. (DI PIETRO, 2006, p. 162 *et seq.*). Para as duas últimas hipóteses, o procedimento é semelhante ao adotado pela desapropriação, nos termos do artigo 40, do Decreto-lei nº 3.365/1941 acima descrito.

Nesses casos, a justa indenização somente será devida se for comprovado qualquer prejuízo. Assim, caso a servidão administrativa seja instituída, não por lei, mas por declaração de utilidade pública, a intenção do Decreto-lei nº 3.365/1941, correta ou não, é vê-la submetida ao procedimento definido nessa lei, não somente para sua instituição (declaração de utilidade pública), mas também para os efeitos decorrentes disso, prevendo-se o processo extrajudicial e judicial (se for o caso) necessários para sua concretização e para averiguação da justa indenização, caso existente algum prejuízo ao proprietário do imóvel serviente.

O Decreto-lei nº 3.365/1941 inaugurou, também, o instituto da desapropriação por zona, disciplinado em seu artigo 4º⁸². Conforme precisa definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Desapropriação por zona é a desapropriação de uma área maior que a necessária à realização de uma obra ou serviço, por abranger a zona contígua a ela, tendo em vista ou reservá-la para ulterior desenvolvimento da obra ou revendê-la, a fim de absorver a valorização extraordinária que receberá em decorrência da própria execução do projeto. (MELLO, 2006a, p. 844).

Além disso, manteve-se o instituto da ocupação temporária, instituído no antigo Decreto nº 4.956/1903, de terrenos não edificados, vizinhos às obras a serem realizadas, e necessários à sua realização, a qual será indenizada, ao final, por ação própria, podendo ser precedida de caução, quando exigido pelo proprietário (artigo 36).

A *desapropriação indireta* não é um instituto definido pelo Decreto-lei nº 3.365/1941 – por mais que modificações posteriores fizessem referência a ele. É, na verdade, uma “designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração no patrimônio público,

⁸² Decreto-lei nº 3.365/1941: “Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.” (BRASIL, 1941).

sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório.” (MELLO, 2006a, p. 845).

O que há, nesse caso, é uma desapropriação na prática, sem o procedimento expropriatório, caso em que deverá o expropriado indireto recorrer à justiça para buscar a justa indenização tardiamente.⁸³

⁸³ Nesse caso o *Supremo Tribunal Federal* já decidiu que é inconstitucional a pretensão de colocar prazo de prescrição para o ajuizamento de ações que visem o ressarcimento por desapropriação indireta, conforme se verifica da seguinte decisão “Ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar. Artigo 1º da Medida Provisória 2.027-40, de 29 de junho de 2000, na parte que acrescenta parágrafo único ao artigo 10 do Decreto-Lei nº 3.365, de 11 de junho de 1941. - De há muito, a jurisprudência desta Corte afirmou que a ação de desapropriação indireta tem caráter real e não pessoal, traduzindo-se numa verdadeira expropriação às avessas, tendo o direito à indenização que daí nasce o mesmo fundamento da garantia constitucional da justa indenização nos casos de desapropriação regular. - Não tendo o dispositivo ora impugnado sequer criado uma modalidade de usucapião por ato ilícito com o prazo de cinco anos para, através dele, transcorrido esse prazo, atribuir o direito de propriedade ao Poder Público sobre a coisa de que ele se apossou administrativamente, é relevante o fundamento jurídico da presente arguição de inconstitucionalidade no sentido de que a prescrição extintiva, ora criada, da ação de indenização por desapropriação indireta fere a garantia constitucional da justa e prévia indenização, a qual se aplica tanto à desapropriação direta como à indireta. - Ocorrência, no caso, do requisito da conveniência para a concessão da liminar requerida. - Já com referência à parte final do dispositivo impugnado no que tange à “ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público”, não se configura a plausibilidade jurídica de sua arguição de inconstitucionalidade. Liminar que se defere em parte, para suspender, com eficácia “ex nunc” e até o julgamento final desta ação, as expressões “ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como” contidas no parágrafo único do artigo 10 do Decreto-lei nº 3.365/1941, a ele acrescentado pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-40, de 29 de junho de 2000, e suas subseqüentes reedições.” (ADI 2260 MC, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJe 02 ago. 2002).

4 CARACTERÍSTICAS ANTIDEMOCRÁTICAS DO PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO REGULAMENTADO PELO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941

4.1 Desapropriação de bens públicos: hierarquia entre entes federados?

O artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, possibilita que bens públicos sejam desapropriados. Para tanto, estabeleceu uma espécie de hierarquia federativa, segundo a qual os bens dos Estados somente podem ser desapropriados pela União, e os bens dos Municípios podem ser desapropriados pelo Estado e também pela União.

Essa regra pode gerar quatro ordens de problemas a serem aqui debatidos: (i) estaria válida a regra de gradação “hierárquica” em face da autonomia e paridade federativa consagradas pela Constituição da República de 1988? (ii) Existiria uma regra de prevalência entre pretensões expropriatórias de entes federativos diferentes sobre um mesmo bem privado? (iii) Seria possível a desapropriação de bens públicos ocorrida entre Estados ou entre Municípios? (iv) Todo bem público, independente de sua utilização, poderia ser desapropriado por outro ente federativo?

Como será demonstrado, a regra de prevalência é a do interesse público, que não se confunde, em princípio, com o interesse do ente federativo de maior abrangência ou do número maior de pessoas (interesse majoritário). Em um Estado estruturado em três níveis federativos (União, Estados e Municípios), cada unidade de governo tem o dever de perseguir interesses públicos igualmente relevantes e não inferiores aos perseguidos por demais entes federativos de maior abrangência.

Contudo, a hierarquização da competência desapropriatória de bens públicos torna *inócua a análise discursiva e deliberadamente democrática do interesse público a prevalecer no caso concreto*, principalmente se levarmos em consideração que as esferas federativas “menores” são mais próximas do cidadão e por isso, mais “permeáveis” à participação. Nesse sentido, se posiciona José Luís Quadros de Magalhães (2004):

[...] a questão da crise da democracia representativa e o fortalecimento de uma nova democracia representativa a partir do fortalecimento da

participação popular ou da democracia participativa. Podemos perceber na experiência brasileira, que uma forma para se resgatar e fortalecer a democracia representativa é o fortalecimento da participação popular através da criação de mecanismos que ofereçam permeabilidade ao poder do estado, criando canais de participação cada vez maiores, superando gradualmente a velha dicotomia liberal entre estado e sociedade civil. Essa participação popular desejada, que resulte em decisão, mais democracia e controle social efetivo ocorrerá de maneira efetiva e eficiente, justamente, no poder local. (MAGALHÃES, 2004).

O interesse público deve ser analisado de forma discursiva, como exigem deveres decorrentes do Princípio Democrático. Negar a possibilidade de prevalência do interesse público local seria não só uma conduta que rejeita as vantagens democráticas na aproximação da atuação estatal aos interesses da comunidade local – esfera mais palpável à participação da sociedade civil – (GOULARD, 2008, p. 81), mas demonstra uma atuação antissolidária do Estado, pois desconsidera aprioristicamente a possibilidade de verificação dos legítimos interesses e perspectivas do grupo populacional mais estrito. Diante de casos de desapropriação de bens públicos, o dever democrático exige que, em uma análise discursiva entre os interessados, se verifique se o interesse público do ente federativo de menor abrangência merece maior proteção do que aquele que justifica a pretensão expropriatória do ente federativo de maior abrangência.

A consideração de uma regra, inicialmente criada em função da estruturação de um Estado centralizado e, não, federativo, pode levar a injustas decorrências de desrespeito a interesses públicos mais relevantes. Nesse caso, o princípio representativo majoritário não pode prevalecer contra legítimos interesses minoritários. Isso se evidenciará, a nosso ver, após tentarmos responder às indagações acima apresentadas.

4.1.1 Desapropriação de bens públicos: a inversão da gradação da competência expropriatória e a teoria da prevalência de interesses

Seabra Fagundes (1949, p. 81) ponderava que a regra da gradação da competência expropriatória decorre do princípio da supremacia política e administrativa da União sobre as unidades territoriais em que a subdivide, e do Estado

sobre o Município. Esse argumento poderia ter força na vigência da Constituição de 1937, de caráter centralizador, segundo a qual a União intervia nos Estados mediante a escolha livre de seus interventores (artigo 9º), bem como os Estados interviam nos Municípios, pela livre nomeação, pelos governadores do Estado, dos prefeitos (artigo 27). Esse regime centralizado, deixado de lado pela Constituição Federal de 1946, ressurgiu com a Constituição de 1967, e a Emenda Constitucional nº 01/1969.

Na atual conjuntura política da Constituição da República de 1988, não é defensável a afirmação de que essa gradação existe em função de uma suposta hierarquia entre os entes federativos. O artigo 1º da atual Carta Política é incisivo em afirmar que a “República Federativa do Brasil, [é] formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Além disso, estabelece, como regra geral, a não intervenção da União nos Estados, exceto em casos excepcionais estabelecidos no artigo 34.

Kiyoshi Harada (2005, p. 72) se posiciona favoravelmente à gradação estabelecida pelo artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, mas discorda que isso se fundamenta na existência de “entidades maiores e entidades menores, ou de entes superiores e entes inferiores”, argumento que não seria condizente com a paridade das entidades federativas da Constituição da República de 1988. Em seu entendimento, o que torna tal gradação compatível com a ordem vigente é a prevalência do interesse nacional sobre o regional e deste sobre o local:

Não há dúvidas de que o interesse nacional, representado pela União, por mais abrangente, paira acima dos interesses regionais ou locais, da mesma forma que o interesse regional deve prevalecer sobre o local por ser mais compreensivo em relação a este último. Daí esse poder implícito da União, que torna o questionado dispositivo, que estabelece a gradação entre os sujeitos ativos da desapropriação, compatível com a ordem constitucional vigente⁸⁴. (HARADA, 2005, p. 72).

Esse autor acrescenta a alegação de que a gradação estabelecida pelo artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941 é medida necessária para preservar a

⁸⁴ Harada (2005, p. 72) demonstra entendimento jurisprudencial favorável a esse argumento, fazendo referência a decisões do Supremo Tribunal Federal nos seguintes processos: RE 20.149, MS 11.075, RE 115.665 e RE 111.079.

indispensável *harmonia* entre as entidades políticas que compõem a República Federativa do Brasil. (HARADA, 2005, p. 72).

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977, p. 240) aponta que essa posição do legislador justifica-se “pelas origens políticas do instituto e pela hierarquização institucional do Poder Público”. Da mesma forma, José Cretella Júnior (1998), repugna a inversão da gradação estabelecida no art. 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, e o faz dessa forma:

Eurico Sodré e Viveiros de Castro admitiram a recíproca, ou seja, que os Municípios podem desapropriar bens dos Estados, e estes bens da União, o que é absurdo, não só porque a lei o veda, como também pela impossibilidade manifesta de pessoas jurídicas políticas “menores” criarem, por ato próprio, direitos contra as pessoas jurídicas públicas “maiores”, o que contraria a hierarquia personativa política do regime federativo. [...] Inconcebível também, dentro de nosso sistema federativo, em que cada Estado-membro é autônomo, a desapropriação por utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, de bens públicos de um Estado por outro Estado, porque se trata de pessoas jurídicas públicas políticas de existência necessária de mesmo nível [...]. (CRETILLA JÚNIOR, 1998, p. 121).

Esse é o posicionamento da Jurisprudência⁸⁵ que, mesmo após a Constituição da República de 1988, é remansosa em dizer que não cabe a inversão da gradação de competência estabelecida no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941. Ou seja, não é possível que Estado desaproprie bens da União, e os Municípios, dos Estados e da União.

⁸⁵ Veja, por exemplo, decisão do *Supremo Tribunal Federal*, conforme se verifica de trecho da seguinte ementa: “DESAPROPRIAÇÃO, POR ESTADO, DE BEM DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL QUE EXPLORA SERVIÇO PÚBLICO PRIVATIVO DA UNIÃO. 1. A União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios e os Estados, dos Municípios, sempre com autorização legislativa específica. A lei estabeleceu uma gradação de poder entre os sujeitos ativos da desapropriação, de modo a prevalecer o ato da pessoa jurídica de mais alta categoria, segundo o interesse de que cuida: o interesse nacional, representado pela União, prevalece sobre o regional, interpretado pelo Estado, e este sobre o local, ligado ao Município, não havendo reversão ascendente; os Estados e o Distrito Federal não podem desapropriar bens da União, nem os Municípios, bens dos Estados ou da União, Decreto-lei n. 3.365/41, art. 2., par. 2. 2. Pelo mesmo princípio, em relação a bens particulares, a desapropriação pelo Estado prevalece sobre a do Município, e da União sobre a deste e daquele, em se tratando do mesmo bem. 3. Doutrina e jurisprudência antigas e coerentes. Precedentes do STF: RE 20.149, MS 11.075, RE 115.665, RE 111.079” (RE 172816, Relator(a): Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, DJe 13 mai. 1994).

Contudo, apesar da maestria e autoridade intelectual dos autores citados, tais argumentações em prol da vedação da inversão da gradação estabelecida no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, a nosso ver, carecem de precisão jurídica, principalmente se verificarmos a necessidade de análise discursiva do interesse público envolvido na proteção dos bens públicos.

A desapropriação de bens públicos federais – e dos estaduais, pelo Município – é, sim, possível. E fundamenta-se pela *prevalência de interesses*. Mas a prevalência, aqui referida, é a preeminência do interesse público a ser protegido ou alcançado pelo poder expropriante. O instituto da desapropriação é fundamentado, como já visto, pela supremacia do interesse público sobre o privado. A urgência demandada pelo interesse público é que justifica o sacrifício da propriedade de um particular e, dependendo do caso, do bem de outro ente estatal.

Nesse contexto, em que pese a objetividade da prescrição trazida no artigo 2º, §2, do Decreto-lei nº 3.365/1941, a desapropriação de um bem público por outro ente estatal somente poderia ser possível, juridicamente, *caso o interesse público a ser tutelado pelo poder expropriante superar, materialmente, o interesse público que a preservação da propriedade expropriada visa resguardar*. Quando se diz “materialmente”, quer dizer que o conteúdo do interesse público a ser protegido através do instituto da desapropriação é que deve ser considerado e, não, a análise majoritária e estatística de interesses individualmente considerados.

Em razão disso, é forçoso aderir à conclusão a que já havia chegado Eurico Sodré (1945), com muita maestria. O autor, com perfeição argumentativa, afirma que se “para estabelecer uma nova utilidade pública, for necessário anular outra, preexistente, de um bem público, deve, entre as duas, prevalecer a mais importante, isto é, a que representar maior benefício coletivo” (SODRÉ, 1945, p. 124).

Não é somente válida a possibilidade de desapropriação na gradação definida pelo artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, como também é possível que essa gradação seja invertida, ou seja, que os Estados desapropriem bens da União e os Municípios desapropriem bens estaduais ou federais. É defensável o posicionamento aqui apresentado em razão de, pelo menos, *dois primas jurídicos*.

Primeiro, através de uma *interpretação histórica* do dispositivo, é possível deduzir que tal regra não tem o condão de vedar a gradação invertida da competência para a desapropriação de bens públicos.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu a competência exclusiva da União para legislar sobre desapropriações. Quando foi criado o Decreto-lei nº 3.365/1941, na vigência da Constituição de 1937, também competia à União legislar privativamente sobre essa matéria. Todavia, essa Carta Política de 1937 estabeleceu, à semelhança do que foi realizado com a Constituição de 1964 e com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, um Estado *centralizado*, no qual as unidades políticas eram vinculadas hierarquicamente à União.

Nesse sistema centralizado, os governadores eram escolhidos pelo Presidente da República e os Prefeitos, pelos Governadores, pelo que não haveria que se falar em autonomia federativa dos entes territorialmente menores em relação aos “entes superiores”, por mais que se identificassem competências específicas estabelecidas naquela Constituição para cada unidade de governo.

Não existia a paridade federativa, tal como existe na atual Constituição de 1988, tanto que não se aludia à “federação” na Carta Política de 1937. Naquele contexto, toda decisão dos prefeitos e governadores eram, tácita ou expressamente, anuídas, respectivamente, pelos governadores e pelo Presidente da República (Getúlio Vargas), em razão da livre nomeação dos chefes dos poderes executivos regionais e locais. E isso se dava justamente porque a intervenção da União nos Estados era a regra na Constituição de 1937, conforme dispunha o seu artigo 9º, *caput, in verbis*:

Art. 9º - O Governo federal intervirá nos Estados, mediante a nomeação pelo Presidente da República de um interventor, que assumirá no Estado as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com as conveniências e necessidades de cada caso, lhe forem atribuídas pelo Presidente da República.

Por isso, não haveria possibilidade jurídica, no contexto da Constituição de 1937, de se cogitar a ideia de desapropriação de bens públicos da União por decreto do Governador, ou dos bens dos Estados, por Decreto dos Prefeitos. Por outro lado, em um sistema constitucional federativo, paritário, no qual não existe juridicamente

hierarquia político-federativo, é plenamente possível a previsão de que entes federativos “menores” desapropriem bens de titularidade de entes federativos “maiores”, ou mesmo de “iguais”.

Assim, no contexto da Constituição da República de 1988, não há porque se proibir a hipótese de inversão da gradação ali estabelecida, até mesmo porquanto, o Decreto-lei nº 3.365/1941 não vedou tal hipótese expressamente. O que deixou claro é que a desapropriação de bens públicos é possível na gradação ali estabelecida. A *contrario sensu*, não é permitida a desapropriação de bens dos Estados, pelos Municípios, bem como de bens da União, pelos Estados, no sistema centralista da Constituição de 1937. Vedar tal possibilidade no atual sistema seria uma flagrante afronta ao sistema federativo e, portanto, tratar-se-ia de regra não recepcionada pela atual Carta Política.

Permitir esse entendimento oposto ao aqui apresentado equivaleria a ratificar os reclames de que o País vive um *pseudo* federalismo, pois que é estruturado em um sistema centralizado, de controle e domínio absoluto da União, em que pesem as delegações de poderes e competências específicas estabelecidas para os demais entes federativos regionais e locais.

Em segundo lugar, é possível a inversão da gradação mencionada no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, em razão da aceitação da própria teoria da prevalência de interesses. Com base nessa teoria, é de se concluir que a desapropriação de bens públicos de entes federativos territorialmente maiores por entes federativos territorialmente menores não é só possível, mas, em muitos casos, pode se tornar necessária.

Em razão da prevalência de interesses, é possível verificar a competência para desapropriar determinado bem público, independente da gradação descrita no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941. O simples fato de a União ser uma unidade federativa que abarca, territorialmente, todos os entes e que representa, numericamente, mais cidadãos do que as unidades estaduais ou municipais, não é assertiva suficiente para deduzir que toda pretensão federal é mais importante do que as pretensões estaduais ou municipais, à luz da análise do conteúdo do interesse público envolvido.

Classificar os interesses públicos em vista da abrangência territorial é tornar o “interesse público” refém da análise quantitativa de interesses individuais, o que não é congruente com o conceito que normalmente lhe é atribuído: interesse de cada um, enquanto membro inserido em uma coletividade, ou melhor, a essência do que seria um interesse comum⁸⁶, racionalmente consentido e institucionalizado no ordenamento jurídico, em procedimentos decisórios deliberativos, pautados pela discursividade.

Assim, é possível que a hipótese de utilidade pública ou interesse social⁸⁷ alegado por um Município seja socialmente mais relevante do que o interesse público que um Estado ou a União possa ter na preservação de sua propriedade a ser expropriada. Por exemplo, qual seria o interesse público mais elevado e, portanto, que deve prevalecer: o interesse do Município em desapropriar um terreno do Estado, desafetado de qualquer finalidade pública (bem dominical), para a construção de uma escola, ou o interesse desse ente federativo “maior” em conservar seu patrimônio? Ainda, seria prevalecente o interesse do Estado em desapropriar um imóvel do Município para a construção de uma unidade administrativa – um órgão da Procuradoria estadual, por exemplo – quando esse imóvel estava afetado a um serviço municipal de saúde? Nesses casos, o resguardo aos direitos sociais à educação e à saúde, previstos na Constituição da República de 1988, torna o interesse público tutelado pelo Município superior ao tutelado pelo Estado. No segundo exemplo, o Estado poderia defender sua pretensão expropriatória no princípio da economicidade, sob a alegações de que a desapropriação do referido bem público municipal seria medida menos dispendiosa ao erário público estadual. Contudo, a alegada economicidade não teria o condão de superar a relevância pública em preservar o serviço assistencial à saúde ali prestado.⁸⁸ Neste caso, o “barato” sairia mais caro: não

⁸⁶ Ao tratar dos fundamentos da desapropriação, mencionamos a precisa conceituação de “interesse público” apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a, p. 58), segundo o qual é “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente tem quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. Além disso, sabe-se que os casos de utilidade pública permissivos de desapropriação são espécies de um gênero, qual seja, o interesse público.

⁸⁷ Que não seja para fins de reforma agrária, pois se trata de competência exclusiva da União, nos termos do art. 184, da Constituição da República de 1988.

⁸⁸ Nesse contexto, Onofre Alves Batista Júnior (2012) afirma: “A desmedida recepção de teses administrativo-gerenciais aplicáveis tão só ao mundo privado pode ocasionar equívocos e distorções imponderáveis. A economicidade é um importante aspecto da eficiência, mas não pode ser encarada

é razoável sacrificar o direito social à saúde em prol de uma economia financeira não substancial do ente federativo territorialmente mais abrangente.

Obviamente, entender de forma diversa é trilhar uma equivocada concepção utilitarista e homenagear interesses majoritários irracionais, em detrimento de interesses minoritários que devem ser preservados. Defender que a competência estabelecida no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941 deva se exercer somente na gradação ali definida é um grande contrassenso à luz da teoria da prevalência dos interesses, na medida em que pode resultar em *falhas democráticas* proporcionadas por *vontades majoritárias irracionais*, não resultantes de um procedimento discursivo, obrigatório à luz do princípio democrático.

Na vigência da Constituição de 1937, Eurico Sodré (1945) já havia compreendido esse posicionamento e ignorado a injusta interpretação de hierarquização trazida pelo artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941:

Pressupõe-se que a administração pública, ainda que fragmentada em competências e jurisdições, é uma organização solidária para o bem comum. Entre as várias autarquias territoriais, da União, dos Estados e dos Municípios, haverá um espírito de compreensão e de colaboração, à sombra do qual não devem perecer as iniciativas de utilidade pública de cada uma dessas entidades (SODRÉ, 1945, p. 125).

Contra o posicionamento doutrinário dissidente⁸⁹ (e dominante) acerca da impossibilidade de inversão da gradação estabelecida no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, Eurico Sodré argumenta o seguinte:

com ares de exclusividade e, muito menos, o lucro pode subverter a ideia da eficiência do mundo público, como se a própria AP fosse uma grande empresa capitalista. A economicidade não é o único aspecto da eficiência, como também, na atuação da AP, a própria essencialidade de determinada prestação pode ser decisiva; de mais a mais, a própria eficiência não é o único princípio reitor da atuação administrativa”. (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 192).

⁸⁹ Nesse contexto, Harada (2005) rejeita o posicionamento de Eurico Sodré (1945) segundo o qual é possível a inversão da gradação estabelecida no artigo ora em comento, sob o argumento idêntico que o apresentado por Seabra Fagundes (1941), segundo o qual essa interpretação implicaria “inversão literal do seu texto”, além de repugnar a “hierarquia política do regime” (HARADA, 2005, p. 73). Nesse ponto, parece que Harada (2005) incidiu em contradição em seus próprios argumentos, pois havia mencionado, parágrafos antes, que não se poderia defender a gradação com base em uma suposta hierarquia federativa, mas sim, pela prevalência de interesses.

Em primeiro lugar, a desapropriação somente é coativa na sua execução, mas não na sua decretação. É, fundamentalmente, um meio de atender a uma utilidade ou necessidade pública. Esta, sim, é que a exige.

Em segundo lugar, ela não representa um conflito de autoridade mas invoca a harmonia delas, para a realização de um benefício comum.

[...]

Entre nós, outrora⁹⁰, nada impedia que um Prefeito Municipal representasse ao Congresso Estadual ou que um Governador de Estado representasse ao Congresso Nacional a respeito da desapropriação de um bem estadual ou federal (SODRÉ, 1945, p. 126).

Não se ignora o fato de que a análise de prevalência de interesse, nessa concepção, possa ser subjetiva e gerar litígios entre os entes federativos. Todavia, se a Lei não diligenciar pela definição de soluções jurídicas em caso de conflito na interpretação da prevalência de interesses, tal dever ficará a cargo do Poder Judiciário: com base na análise do caso concreto, o Juiz estabelecerá qual o interesse público a prevalecer.

Desta feita, é conveniente a opção legislativa de que a desapropriação de bem público deva ser precedida de *autorização legislativa*, conforme dispõe a parte final do artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941. Para melhor averiguar a prevalência do interesse público do poder expropriante, a atividade deliberativa do processo legislativo poderá ajudar a mitigar conflitos entre os entes e harmonizar interesses. Mas, para tanto, a hierarquização que tem sido atribuída ao artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941 sempre será um empecilho para a devida harmonização do interesse público envolvido entre a pretensão expropriatória e a pretensão de preservação do bem.

4.1.2 A competência concorrente de entes federativos para a desapropriação de um mesmo bem privado

A exata aceção da teoria da prevalência dos interesses traz respostas também para as demais questões apresentadas acerca da expropriação de bens

⁹⁰ Ao mencionar “outrora”, Eurico Sodré (1945) estava se referindo ao sistema constitucional federativo que vigia anteriormente ao sistema excepcional varguista que estava vigente no momento de redigir sua obra.

públicos, por mais que possa divergir da posição prevalecente na doutrina e na jurisprudência.

Com relação à questão da competência concorrente, ou seja, quando entes federativos diferentes pretendem desapropriar um mesmo bem privado, não é razoável atribuir preferência à pretensão da unidade de governo territorialmente maior, se o interesse público a ser tutelado pelo ente federativo fisicamente menor for mais relevante, em vista do direito vigente. Nesse sentido, a tese do “domínio eminente” estaria totalmente defasada e incongruente com o atual contexto constitucional⁹¹.

Harada (2005, p. 75), ao tratar dessa questão, discorda do entendimento do Supremo Tribunal Federal que afirma que há preferência de entes federativos “superiores” na desapropriação de bens privados pretendidos, também, por entes “inferiores”. Para o autor, a gradação da competência expropriatória somente poderá ser aplicada quando se tratar de bem público, por fundamentar-se na harmonia entre as unidades federativas. Por isso, para Harada (2005), em caso de competência concorrente, o poder expropriatório deverá ser conferido àquele ente que *declarasse o bem de utilidade pública em primeiro lugar*. E ele expõe essa questão da seguinte maneira:

Primeiramente, o fundamento da desapropriação [...] é a preponderância do interesse público sobre o privado, quando os dois se acham em confronto, e não o *dominium eminens*, o poder político atribuído ao Estado, sobre todos os bens que se encontram em seu território. Em segundo lugar, o poder conferido à União para legislar sobre desapropriações [...] não implica a faculdade de quebrar o princípio federativo, erigido em nível de cláusula pétrea (art. 60, §4º, I, da CF). E, finalmente, a legislação infraconstitucional, ainda que elaborada na vigência da Constituição centralista de 1937, preservou esse princípio federativo, não permitindo a precedência do Estado sobre o Município, na hipótese de atos expropriatórios concorrentes, objetivando o mesmo bem do domínio privado. Essa regra de preferência

⁹¹ É de citar o posicionamento do *Supremo Tribunal Federal*, ao julgar o caso envolvendo o Município de Divino e o Estado de Minas Gerais, através do Recurso Extraordinário nº 111.079, conforme se verifica da seguinte ementa: “Desapropriação. Decretos estadual e Municipal declaratórios de utilidade pública do mesmo imóvel de domínio privado, para fins de desapropriação. a) o domínio eminente, atributo originário da União, como ente soberano, e do qual deriva a faculdade de desapropriar; o poder do governo federal de legislar sobre desapropriações e tutelar os direitos individuais - entre os quais, o de propriedade - abonam a competência federal para dispor sobre a preferência do Estado ou do seu Município, em caso de atos expropriatórios concorrentes e reciprocamente excludentes; b) Nessa hipótese, a preferência do ato estadual deriva de interpretação e aplicação analógica da norma do art. 2., p. 2., do Decreto-lei 3365/41; RE não conhecido, pela alínea 'c', art. 119, III, CF” (RE 111079, Relator(a): Min. Célio Borja, Segunda Turma, DJ 05 jun,1987).

que estaria ínsita no citado §2º [...] restou afastada por aquele dispositivo legal, à medida que a finalidade do mesmo é a preservação da harmonia entre os entes federados, estabelecendo, previamente, as regras para as hipóteses de desapropriação de bens públicos estaduais, municipais e do Distrito Federal.

Aquela disposição legal [artigo 2º, §2º, do Decreto-Lei nº 3.354/1841], se interpretada de forma ampla e analógica, acabaria por desfigurar a Federação Brasileira, enxergando nela “entidades estatais superiores” [...].

Dentro dessa linha de argumentação, o direito de precedência, na hipótese de atos expropriatórios concorrentes, não pode ser buscado no §2º do art. 2º da lei específica, mas conferido à entidade política que decretou a desapropriação em primeiro lugar. (HARADA, 2005, p. 75).

A adoção do posicionamento de Harada (2005) para solucionar o problema da desapropriação concorrente é incongruente por dois motivos.

O *primeiro motivo* sintoniza-se com a posição aqui adotada: atribuir preferência para o ente federativo que declarou a utilidade pública em primeiro lugar, independente do nível (federal, estadual ou municipal), poderá representar uma proteção injusta de um interesse público menos relevante do que daquele ente que decretar a desapropriação em segundo lugar. Ao recusar que o interesse público prevalescente seja atendido, já que prevalecerá aquele que decretar a desapropriação em primeiro lugar, o Estado, enquanto entidade una, estará ignorando o princípio da supremacia do interesse público que fundamenta o instituto da desapropriação.

O *segundo motivo*, se é possível que “bem público” seja desapropriado e, tendo em vista que todo bem (em tese, pois há exceções) pode sofrer expropriação estatal, então, aquele ente que decretou a desapropriação em segundo lugar poderá expropriar o direito de desapropriação daquele que declarou o bem de utilidade pública em primeiro lugar. Para a doutrina e jurisprudência que defendem a impossibilidade de inversão da gradação estabelecida no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, tal hipótese poderia ocorrer quando o ente que decretou a desapropriação em segundo lugar for territorialmente maior do que aquele que decretou em primeiro lugar. Em harmonia ao que se busca argumentar aqui, essa hipótese poderia ser utilizada por qualquer ente, desde que o interesse público que ele reclama *prevalencer* ao interesse público daquele ente que decretou a desapropriação em primeiro lugar.

4.1.3 Desapropriação de bens públicos de outros entes federativos de “mesmo nível”

A análise da prevalência do interesse público a ser tutelado, como exposto acima, remete à conclusão de que Estados poderão desapropriar bens de outros Estados, e Município, de outros Municípios. Porém, tal hipótese não é referendada por grande parte da doutrina e jurisprudência⁹² já mencionada.

Harada (2005) rejeita essa hipótese de Estado desapropriar bens de outros Estados, e de Município expropriar bens de outros Municípios:

É que, fundando-se a desapropriação no princípio da supremacia do interesse público, não haveria, em tese, como sustentar a prevalência deste ou daquele interesse, quando ambos pertencem aos entes federados que mantêm um perfeito equilíbrio político e jurídico. De fato, entre os Estados ou entre os Municípios não há que se falar em interesse público de maior abrangência, visto que estão situados no mesmo plano em perfeito equilíbrio. (HARADA, 2005, p. 75).

Essa hipótese também é rejeitada por Cretella Júnior (1998), segundo o qual:

Inconcebível também, dentro de nosso sistema federativo, em que cada Estado-membro é autônomo, a desapropriação por utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, de bens públicos de um Estado por outro Estado, porque se trata de pessoas jurídicas públicas políticas de existência necessária de mesmo nível. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 122).

É insuficiente, a nosso ver, alegar a paridade entre Estados e entre Municípios para fundamentar o impedimento de desapropriação de bens entre eles. A prevalecer tal argumento, não seria possível a desapropriação de bem da titularidade de qualquer ente federativo, em função da paridade dos entes da federação.

Todavia, é difícil cogitar uma hipótese em que um ente federativo tenha um relevante interesse público a atender que demande bem localizado fora de sua unidade, ao contrário do que ocorre, normalmente, quando se trata de bem de outro ente federativo localizado dentro de seu território.

⁹² É o caso, por exemplo, do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 20.149.

4.1.4 Delimitação dos bens públicos expropriáveis

Todos os bens públicos podem ser desapropriados por um ente federativo, à luz da análise discursiva da prevalência de interesses. Contudo, essa resposta afirmativa deve ser admitida com cautela.

José Cretella Júnior (1998, p. 120) assevera que o Decreto-lei nº 3.365/1941 faz menção aos “bens do domínio dos Estados, sendo ampla a expressão desse decreto-lei que inclui os três tipos de bens – bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais ou bens de uso privado do Estado”. Por isso, o autor entende que todos os bens públicos podem ser desapropriados e se vale, a favor de sua tese, um bom argumento: se bens privados já poderiam ser desapropriados, a menção a desapropriação de bens públicos “revoga, de maneira implícita, a conotação da intangibilidade, típica dos bens de uso comum e dos bens de uso especial” (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 121).

Entretanto, o conceito de “bem público” é abordado de diferentes maneiras entre estudiosos do Direito Administrativo. O Código Civil de 2002 afirma que são públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Trata-se de opção formal, que contabiliza apenas o titular do bem. Com base nisso, há aqueles⁹³ que defendem que a titularidade do bem é o que define sua natureza como “público”, conforme inteligência do artigo 98, do Código Civil de 2002.

Ao lado disso, há autores que defendem a existência dos *bens materialmente públicos*. Nesse contexto, não somente bens de pessoas jurídicas de direito público interno seriam públicos, mas bens de pessoas privadas afetados à prestação de um serviço público, ou a uma atividade de interesse público, também seriam “bens públicos”. Por outro lado, admitem a existência de bens de titularidade de pessoas jurídicas de direito público que não seriam propriamente “públicos”, pois que totalmente desafetados de qualquer fim público (bens formalmente públicos). Nesse sentido, ao analisar a possibilidade de usucapião de bem de titularidade de uma

⁹³ Seria o caso, por exemplo, o posicionamento de Hely Lopes Meirelles (1996) e José dos Santos Carvalho Filho (2004).

pessoa jurídica de direito público, mas desafetados de uma utilidade pública, Cristiana Fortini (2004) bem pontua que:

A interpretação mais consentânea com o interesse público conduz à conclusão de que a Constituição da República veda apenas a usucapião sobre bens materialmente públicos, ou seja, sobre bens que estejam afetos à atividade estatal e, assim, cumprem função social. (SILVA, 2004, p. 6).

Não existem óbices, segundo o entendimento que defendemos, para a desapropriação de bens desafetados (bens formalmente públicos ou dominicais). Porém, com base nessa dicotômica que distingue os bens em materialmente públicos daqueles formalmente públicos, é de se defender que os bens afetados a uma finalidade pública, como os bens de uso comum ou bens de uso especial – incluindo-se aí os bens privados de concessionários e permissionários afetados à prestação de um serviço público relevante – somente podem ser desapropriados caso haja um excepcional interesse público – superior àquele já tutelado – que justifique o sacrifício.

Em certas hipóteses, é de se notar que a abrupta interrupção do serviço público ou da atividade administrativa provocada pela desapropriação, sem prévia desafetação do bem expropriado, pode gerar prejuízos ao interesse público que superem os benefícios da utilidade pública visados pelo poder expropriante. Com efeito, a *continuidade do serviço público ou da atividade administrativa* – a ser afetada pela desapropriação – por si só, pode ser um interesse público que deva prevalecer contra a pretensão do poder expropriante. Por isso, sempre quando possível, deve-se buscar a *prévia desafetação de um bem público*, antes de se proceder à expropriação. A própria desafetação pode ter esse propósito específico: repassar o bem ao ente público que o pleiteia.

Assim, para se evitar eventuais prejuízos a serem gerados pela descontinuidade do serviço público ou atividade administrativa, não há como prescindir da *busca do consenso* entre os entes federativos envolvidos. A alienação do bem materialmente público deverá, preferencialmente, ocorrer de forma consensual e, ambas as partes deverão colaborar com a perseguição do interesse público suscitado: a entidade pública proprietária do bem realiza, por um lado, todas as medidas cabíveis para desafetá-lo de sua finalidade pública, caso considere conveniente apoiar o

interesse público daquele ente federativo que o pleiteia; e o ente público pleiteante adquire o bem pleiteado depois da desafetação do bem. A primazia da consensualidade é o interesse público que deve prevalecer, pois isso evitaria a lesão a outros interesses públicos, por mais que minoritários, mas que devem ser respeitados.

Eurico Sodré (1945, p. 124) pontua que “no que toca, porém, aos [bens] de uso especial e aos de uso comum do povo, é evidente que a desapropriação não lhes atinge o domínio, mas apenas servidões, ou desmembramentos dêsse domínio”. Ao tratar dessa questão, ou seja, quando uma declaração de utilidade pública atingir bens afetados a uma destinação administrativa, é imprescindível analisar a importância e a harmonização das duas utilidades: a “velha” utilidade pública e a “nova” utilidade pública. (SODRÉ, 1945, p. 65). Quando o bem pretendido pelo poder expropriante já estiver servindo a outra utilidade pública, é adequado buscar a harmonização entre os interesses públicos envolvidos, o que dependerá de entendimento entre os entes públicos envolvidos. (SODRÉ, 1945, p. 65). Diante disso, Eurico Sodré (1945) afirma:

[...] se se tratar de uma desapropriação municipal e a utilidade velha fôr de natureza municipal, será fácil harmonizá-la com a nova, porque tudo depende do mesmo poder público.

Mas, se uma desapropriação municipal atingir bens afetados a uma utilidade estadual ou federal, ou vice-versa, a harmonização dependerá de entendimento entre os poderes interessados, se a utilidade nova de qualquer maneira diminuir a utilidade velha.

Porque, se não diminuir, não ficará esta prejudicada e permanecerá tal qual vinha existindo (SODRÉ, 1945, p. 64).

Letícia Queiroz de Andrade (2006, p. 122), ao se referir sobre a solução de conflitos entre entes federativos na desapropriação de bens públicos, em sua concepção finalística, para definir qual seria a utilidade pública preponderante, ou melhor, aquela utilidade que extraísse do bem o proveito público maior nele atribuído, afirma que “será imprescindível considerar a função desempenhada pelo bem com relação ao oferecimento dessas utilidades públicas contrapostas”⁹⁴. Por isso, é

⁹⁴ Para amparar sua conclusão, Letícia Queiroz de Andrade (2006, p. 122), cita Celso Antônio Bandeira de Mello, através do seguinte trecho: “Nem todos os bens pertencentes ao Poder Público acham-se direta e imediatamente afetados à realização de um interesse público. Isto é, determinados bens encontram-se prepostos à realização de um interesse público. Isto em determinados bens encontram-se prepostos à realização de uma necessidade ou utilidade pública, servindo-a por si mesmo; outros estão afetados a ela de modo instrumental, de maneira que a Administração serve-se

necessário, para essa autora, que se faça “uma comparação entre os interesses públicos contrapostos relacionados a determinado bem” (ANDRADE, 2006, p. 123), devendo adotar a seguinte premissa:

[...] se a função já desempenhada pelo bem estiver diretamente relacionada com a utilidade pública à qual está afetado, a desapropriação só será possível se a função que esse bem vier a desempenhar, após a desapropriação e a realização das obras que eventualmente se façam necessárias, estiver diretamente relacionada a uma utilidade pública de maior abrangência do que a outra à qual estava atrelado, lembrando-se que a maior abrangência de uma utilidade pública com relação à outra refere-se ao número de beneficiários que o oferecimento dessas utilidades públicas contrapostas pode alcançar (ANDRADE, 2006, p. 123).

A autora também apresenta outro critério, qual seja, da verificação se a utilidade pública pretendida pela desapropriação almeja amparar um interesse público primário ou secundário. Os bens de interesse público primário, segundo Andrade (2006, p. 124), são aqueles diretamente relacionados à utilidade pública oferecida, como estradas, ruas, redes de esgoto, etc. Os bens de interesse público secundário são aqueles indiretamente relacionados a uma utilidade pública, tais como a sede da prestação do serviço público, por exemplo. Nesse sentido, Andrade (2006, p. 124 *et seq.*) sugere que os bens públicos de interesse primário seriam aqueles a prevalecer, na análise de interesses contrapostos, em comparação com os bens de interesse público secundários, caso estes possam ser substituídos⁹⁵.

A concepção finalística, edificada com base em critério utilitarista, pode gerar complicações práticas no que tange à análise discursiva do interesse público a ser protegido. A nosso ver, nem sempre a utilidade pública que ofereça comodidade

deles como um meio, um ambiente físico, no qual desenvolve atividade pública. Ou seja: correspondem a um local onde o serviço desenvolvido não tem correlação indissociável com a natureza do bem, posto que este nada mais representa senão a base espacial em que se instala a Administração. Finalmente, outros bens, ainda, embora sejam de propriedade pública, não estão afetados ao desempenho de um serviço ou atividade administrativa”.

⁹⁵ Essa autora explica esse ponto da seguinte maneira: “Note-se que a função desempenhada pelos bens referidos em primeiro lugar é o próprio oferecimento da utilidade pública, razão pela qual essa mesma não poderia continuar a ser oferecida sem eles, individualmente considerados; diferentemente, a função desempenhada pelos bens referidos em segundo lugar [bens de interesse público secundários] poderia ser desempenhada por qualquer outro bem, já que não carregam, em si, características intrínsecas (tais como atributos naturais) ou extrínsecas (tal como sua localização), que os comprometam individual e decisivamente com o oferecimento da utilidade pública, embora, para tanto, colaborem” (ANDRADE, 2006, p. 125).

material a um maior número de pessoas deva prevalecer sobre o que oferecer comodidade material para um menor número de cidadãos. Confundir a análise do interesse público prevalecente com base em *critérios majoritários*, como já vimos, não corresponde aos preceitos de um Estado democrático, que deve levar em consideração os interesses e respeitar direitos de grupos minoritários. Por isso, para se avaliar o interesse público prevalecente, deve-se buscar o conteúdo da utilidade pública a ser oferecida, à luz de princípios e direitos fundamentais trazidos na Constituição da República de 1988, como meio imprescindível para se deduzir, através de uma análise discursiva, qual o interesse deva prevalecer no caso concreto.

Independente do confronto – sugerido por Letícia Queiroz de Andrade (2006) – entre bens de interesse público primário ou secundário, ou de bens que ofereçam uma comodidade de maior ou menor abrangência, a desapropriação deverá se condicionar à análise da prevalência de interesses: o interesse público pretendido pelo poder expropriante deve prevalecer sobre os prejuízos a serem eventualmente provocados pela desapropriação, em função da interrupção da finalidade pública atribuída ao bem expropriado.

Como reconhece Letícia Queiroz Andrade (2006, p. 126), “no que se refere aos bens afetados ao serviço público, nossa opinião é que o princípio da continuidade do serviço público veda a possibilidade de concessão da liminar de imissão na posse”.

Por isso, é recomendável que se esgotem todos os meios para que ocorra a colaboração consensual entre as entidades públicas envolvidas, quando se tratar de desapropriação de bens materialmente públicos, de forma a evitar eventuais prejuízos a serem provocados pela referida interrupção do fim público atribuído ao bem pretendido pelo poder expropriante.

Contudo, se for inviável a alienação consensual do bem materialmente público pretendido, a desapropriação poderá ocorrer se o interesse público que demandar a intervenção superar os prejuízos ocasionados pela interrupção da finalidade pública atribuída ao bem. Neste caso, o Poder Judiciário deverá, diante do caso concreto, verificar a legalidade da pretensão expropriatória, analisando as implicações que a desapropriação ocasionará ao interesse público conferido ao bem a ser expropriado.

É de se reconhecer que a teoria da prevalência dos interesses, nos contornos aqui defendidos, não é aclamada pela doutrina e jurisprudência. Mas essa constatação não torna a solução aqui apresentada incorreta ou desprovida de alicerce jurídico. Pelo contrário, proibir a inversão da gradação estabelecida no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941 pode gerar prejuízos a interesses públicos que, em uma análise discursiva, mereçam ser protegidos.

Para pacificar essas questões, seria apropriada uma mudança no marco legal das desapropriações por utilidade pública definindo todos esses pontos, com base na compreensão do alcance da teoria da prevalência dos interesses aqui apresentada.

4.1.5 Desapropriação de bens da Administração Pública indireta e de concessionárias e permissionárias de serviços públicos

Ponto controverso na doutrina se refere aos limites de expropriação de bens das pessoas jurídicas públicas e privadas pertencentes à Administração Pública indireta, bem como de delegatários de serviços público. É consente que somente a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem declarar um bem de utilidade pública. Autarquias, empresas estatais, fundações e delegatários de serviço público, por mais que possam praticar os atos de execução relativos à desapropriação, não podem decretá-la.

Nesse sentido, Harada (2005, p. 70) afirma que “embora a autarquia goze de autonomia administrativa, não tem a necessária autonomia política”. E completa: “não há dúvidas, pois, de que as autarquias, para desapropriar, não podem prescindir de autorização legislativa, emanada da entidade política a que se acham vinculadas.” (HARADA, 2005, p. 71). Tal concepção aplica-se, da mesma forma, às demais pessoas jurídicas de direito público ou privado pertencente à Administração Pública indireta, tais como as fundações autárquicas, as fundações privadas, empresas estatais, dentre outros.

A mencionada prerrogativa conferida pelo artigo 3º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, que permite às concessionárias e demais estabelecimentos de caráter público promover as desapropriações – desde que mediante prévia autorização

legislativa ou contratual – não lhes confere competência para declarar um bem de utilidade pública.

Contudo, a questão controversa está em afirmar se tais pessoas podem sofrer desapropriação e quem poderia conduzi-la. Com base perspectiva da prevalência dos interesses aqui apresentada, é de se concluir que qualquer entidade da Administração Indireta poderá ser parte passiva em processo de desapropriação, por qualquer ente federativo, desde que demonstrado que o interesse público a ser tutelado⁹⁶ supere: (i) o interesse público em preservar o mencionado bem no domínio da entidade da Administração Pública indireta; e (ii) os prejuízos a serem ocasionados pela interrupção da finalidade pública atribuída ao bem expropriado. Com base nessa argumentação, parece solucionada a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da posição das empresas estatais e autarquias na gradação estabelecido no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941.

Há decisões judiciais vacilantes, ora afirmando que entes federativos territorialmente “menores” poderiam desapropriar bens pertencentes às empresas estatais e autarquias de entes federativos “maiores”.⁹⁷ Mas, aplicando analogicamente o artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, a jurisprudência majoritária entende o contrário⁹⁸.

Nesse contexto, parece contraditória a posição de José Cretella Júnior (1998, p. 123). O autor, ao lado de Seabra Fagundes (1949), se posiciona desfavoravelmente à inversão da gradação estabelecida no artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941. Contudo, por outro lado, os autores defendem a possibilidade de Município ou Estado desapropriar bens de autarquia federal. Para tanto, lançam mão do entendimento de que as autarquias, fundações públicas e corporações públicas são pessoas jurídicas públicas “menores” do que qualquer ente federativo. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 123).

⁹⁶ Ou, conforme expressão adotada por Eurico Sodré (1945), a “nova utilidade pública”.

⁹⁷ Na prática, existem casos de declaração de utilidade pública de bens de estatais de entes federativos “maiores”, realizados por menores. Para exemplificar, é o caso da desapropriação amigável promovida pelo Município de Belo Horizonte, de terreno de propriedade da Companhia Mineradora de Minas Gerais – COMIG, empresa estatal do Estado de Minas Gerais.

⁹⁸ É o caso, por exemplo, do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, através dos Recursos Extraordinários nºs 172816, 115.665 e o Mandado de Segurança nº 11.075/ES.

Tal raciocínio, a nosso ver, não é correto. É certo que, com base na análise de prevalência do interesse público no caso concreto, é possível que Municípios ou Estados desapropriem bens de autarquia federal. Mas não é, em nosso entendimento, correto defender que autarquias são entes “inferiores” do que qualquer ente federativo. As autarquias e demais entidades da Administração Pública indireta, como corolários do fenômeno da descentralização, são criadas pelos entes federados de forma a aprimorar a atividade que para elas se desloca. É pensando no desenvolvimento da atividade administrativa que são criadas as referidas entidades. Por isso, uma entidade criada em homenagem ao princípio da eficiência e ao da especialidade não pode ser considerada inferior.

Por fim, é conveniente mencionar que o artigo 2º, §3º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, acrescentado pelo Decreto-lei nº 856/1969, veda a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto, do Presidente da República. Esse artigo não veda que Municípios e Estados desapropriem bens dessas empresas, mas somente ações, cotas e direitos representativos, como se pretendesse a estatização regional ou local de empresas que dependem de autorização federal para funcionar e que submetem à sua fiscalização⁹⁹.

⁹⁹ O §3º, do artigo 2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941 foi incluído, conforme relatou Cretella Júnior: “[...] para evitar intervenção do Governo da União no Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Desse modo, foi decretada a desapropriação das ações do Banco Província do Rio Grande do Sul, a fim de evitar que o controle acionário passasse a grupo financeiro paulista, mediante alienação da maioria das ações. Antes os Estados-membros podiam desapropriar ações de empresas, como ocorreu com o Banco Hipotecário e Agrícola de Minas Gerais, cujas ações foram expropriadas mediante ato formalmente legislativo – o Decreto-Lei nº 6.953, de 12 de outubro de 1944, e com a Companhia Paulista de Estrada de Ferro, cujas ações, em sua quase totalidade, foram expropriadas pelo Governo do Estado de São Paulo, de acordo com o Decreto nº 38.548, de 1º de junho de 1961” (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 125). A impossibilidade de se desapropriarem bens de empresas que dependiam de autorização da União para seu funcionamento já tinha sido pacificada no Supremo Tribunal Federal que rejeitou, por meio da súmula nº 157, de 13/12/1963, a livre expropriação, pelos Estados, de bens de empresa de energia elétrica: “É necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica”. Essa súmula encontra precedente no julgamento, por essa Corte, do Mandado de Segurança nº 11075. Nesse acórdão ficou consignado que é inconstitucional o ato normativo do Estado do Espírito Santo, que havia declarado de utilidade pública bens de empresa de energia elétrica federal (Companhia Centra Brasileira de Força Elétrica), com base no argumento de que competia privativamente à União legislar sobre energia elétrica, nos

4.2 A fase executória extrajudicial: o prezado da consensualidade e a inexistência de regulamentação do procedimento extrajudicial

Com a declaração de utilidade pública, viabiliza-se, para o Poder Público, o exercício do poder expropriatório. Antes de proceder à expropriação forçada, inicia-se a fase administrativa extrajudicial, inserida na fase executória, na qual o poder expropriante deve, primeiramente, buscar a realização de um acordo para a alienação amigável do bem declarado de utilidade pública.

Essa alienação amigável, normalmente, é realizada através de escritura de “desapropriação amigável” ou, em alguns casos, contrato de “desapropriação amigável”, até mesmo mediante a “escritura de compra e venda”. Por ser uma forma originária de aquisição da propriedade, mesmo se for realizada mediante ato bilateral, têm-se utilizado a expressão “desapropriação amigável” para designar tais casos, até mesmo, como forma de “escudo” contra ônus reais que pudessem acompanhar o bem expropriado.

Contudo, em vista da natureza jurídica da desapropriação, caso haja a alienação amigável do bem declarado de utilidade pública para o poder expropriante, e antes de ajuizada a ação judicial expropriatória, entendemos que não há que se falar em “desapropriação”. Nesse contexto, é equivocada, a nosso ver, a afirmação do Decreto-lei nº 3.365/1941 de que “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente”.

A consensualidade existente na legislação que trata e tratou de desapropriações é um caminho necessário e racional para mitigar todo o desgaste gerado pela execução forçada de uma medida *tipicamente unilateral*. Nestes termos, é de reconhecer a precisão com que Seabra Fagundes (1949, p. 16) explicita a questão segundo o qual “a desapropriação assemelha-se a uma alienação compulsória, pois que no procedimento expropriatório aparecem os elementos entrega da coisa e pagamento do preço e falta o acordo de vontades”. Também, Odete Medauar (1986, p. 10 *et seq.*)

termos do artigo 5º, XV, alínea “1”, da Constituição de 1946. Por isso, deduziu-se que seria necessária a prévia autorização do Presidente da República as pretensões de desapropriação de bens de empresas de energia elétrica, bem como de outras que dependiam de autorização da União para o seu funcionamento.

professa que “a desapropriação traduz decisão de poder e, em decorrência, apresenta-se com caráter de imposição, de imperatividade”.

Esta autora, ainda, cita a definição de Washington de Barros Monteiro, segundo o qual “desapropriação é ato unilateral de direito público, com reflexos no direito privado, por via do qual a propriedade individual é transferida, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, a quem dela se utiliza, no interesse da coletividade” (MONTEIRO *apud* MEDAUAR, 1986, p. 8 *et seq.*).

A declaração de utilidade pública é, por sua própria natureza, uma decisão estatal, mesmo que precedida de um prévio procedimento deliberativo sobre o interesse público que a ampara. E a subtração da propriedade também será. O procedimento expropriatório, iniciado pela declaração de utilidade pública, visa a um resultado final que é a desapropriação, enquanto *ato unilateral* do Estado.

Contudo, a legislação que trata da desapropriação fez por bem induzir o procedimento à *alienação consensual* da propriedade pretendida pelo Estado. Não faria nenhum sentido despender todo o esforço judicial para a expropriação do bem se a aquisição da propriedade for permitida pelo potencial expropriado. Se é possível a transferência consensual da propriedade, é irracional que o poder público desapropriar o bem. Nesse sentido, o procedimento expropriatório, iniciado pela declaração de utilidade pública, pode não conduzir à desapropriação (ato unilateral) caso se promova a alienação consensual (ato bilateral) do bem pretendido.

Assim, a imperatividade e unilateralidade da alienação da propriedade, em vista de um interesse público previamente descrito em Lei, caracterizam a natureza jurídica da desapropriação. Por isso, não é correto, a nosso ver, afirmar que o acordo realizado pelo poder expropriante junto com o proprietário do bem declarado de utilidade pública consubstancie uma “desapropriação amigável”. Apesar da possível utilização na prática da expressão, não se pode desconsiderar que a “desapropriação amigável” é um negócio jurídico bilateral, mesmo que, diante da declaração de utilidade pública, haja a ameaça de aquisição compulsória da propriedade em caso de negativa de alienação consensual.

José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 479) explica que “quando o acordo é acertado na fase administrativa do procedimento desapropriatório, antes, portanto, do

ajuizamento da ação de desapropriação, deve consubstanciar-se por escritura pública”.

E completa:

Essa escritura pública não será, como entendem alguns, de “desapropriação amigável”, pelo simples fato de que a desapropriação é sempre ato unilateral da Administração e, portanto, compulsório, sendo incontestável pelo particular [...]. O acordo versará, unicamente, sobre o valor da indenização a ser paga ao expropriando e não sobre a desapropriação¹⁰⁰. (SALLES, 2000, p. 479).

À luz do Princípio Democrático, para se resguardarem os legítimos interesses dos particulares a serem afetados por uma decisão (dever de solidariedade), a alienação consensual deve ser sempre a forma preferencial de aquisição de bens que interessam ao Estado. Não é razoável amparar conclusão oposta. É de se notar que, diante da urgência na aquisição de um bem, a legislação permite a contratação direta¹⁰¹, sem um prévio procedimento licitatório, mas não a desapropriação. Por isso, é irracional que bens passíveis de serem adquiridos facilmente no mercado sejam objeto de desapropriação.

Há situações, contudo, de bens passíveis de fácil aquisição no mercado, objeto de expropriação, porque inseridos em um conjunto de bens que, em sua totalidade, representam um interesse público infungível passível de ser obtido mediante a desapropriação. Seria o caso, por exemplo, da desapropriação de um hospital, com todos os bens móveis pertencentes ao estabelecimento, hipótese em que, para a fruição do interesse público a ser obtido pela desapropriação, seria necessária a imediata disponibilidade desses bens, mesmo que passíveis de aquisição no mercado.

A questão é que a Administração Pública está sempre adquirindo bens de que necessita para perseguir o fim público que almeja, e assim faz como regra por

¹⁰⁰ Salles (2000, p. 480) ainda afirma que, caso esse acordo não se efetive na fase administrativa, nada impede que a realização de acordo posterior, durante o processo judicial, ocasião em que o Juiz somente proferirá uma sentença homologatória.

¹⁰¹ É o que diz a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 24, IV: “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”.

meio do procedimento licitatório. Apesar de ausente essa vedação no Decreto-lei nº 3.365/1941 que, pelo contrário, permite que “todos os bens poderão ser desapropriados” (artigo 2º), seria totalmente incongruente com qualquer parâmetro de razoabilidade¹⁰² que a Administração Pública optasse pelo procedimento de desapropriação, quando possível adquirir o bem por meio de compra e venda ou de outro ato bilateral.

Além disso, a realização da alienação compulsória, unilateral (desapropriação), enquanto possível obter o bem facilmente pelo mercado, afrontaria o direito fundamental à *isonomia*, pois desconsidera o interesse de todas as pessoas que possam se interessar em alienar o bem ao Estado. Ao ignorar legítimos interesses – dentre eles, o direito à *isonomia* – de todos os cidadãos envolvidos, a atuação estatal evidenciaria o desrespeito aos deveres decorrentes do Princípio Democrático, especialmente o dever de solidariedade.

Acrescenta-se a isso o fato de que o instituto da desapropriação, enquanto ato unilateral de aquisição de um bem pelo poder público, poder ser interpretado como *exceção* constitucional ao direito de propriedade (artigo 5º, XXIV, da CR88), enquanto a compra, ou seja, o ato oneroso bilateral de aquisição de um bem é previsto na Constituição da República de 1988 como *regra geral* (artigo 37, XXI, da CR88).

Neste ponto, é conveniente apontar que o Direito Português obriga o Poder Público, antes de requerer a declaração de utilidade pública, “diligenciar no sentido de adquirir os bens por via de direito privado, salvo nos casos previstos no artigo 15º [reputados urgentes], e nas situações em que, jurídica ou materialmente, não é possível a aquisição por essa via”. Isso é o que dispõe o artigo 11, inciso 1, da Lei nº 168/99, que aprova o “Código das Expropriações”.

Assim, é de se concluir que esse é o propósito principal da fase executória extrajudicial das desapropriações: atender ao primado da consensualidade na aquisição de bem, não inserido no mercado, necessário à persecução do fim público do Estado, o

¹⁰² A desapropriação de bens passíveis de serem adquiridos pelo mercado não é só inconstitucional por afrontar o Princípio da Razoabilidade, mas também, ao Princípio da Igualdade. Quando o bem está inserido no mercado, a todos aqueles que o fornecem deve ser assegurada a possibilidade de disputar a condição de contratado. A *isonomia* é um dos fundamentos da licitação destinada, entre outros, a oportunizar que todos possam fornecer seus bens e serviços ao Poder Público, tal como garantido no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988.

qual foi declarado de utilidade pública. Por isso, uma vez logrado êxito na aquisição da propriedade do bem declarado de utilidade pública na fase administrativa extrajudicial, seria recomendável a realização de um contrato de compra e venda do bem, ou, se tratando de bem imóvel, uma escritura pública de compra e venda a ser registrado em cartório de registro de imóveis.

Nesse contexto, apesar de usual, não é legítimo, a nosso ver, defender a realização de escritura pública de “desapropriação amigável” com o intuito de “escapar” de ônus reais ou demais direitos incidentes sobre o bem adquirido. Conforme veremos mais abaixo, não condiz com os deveres inerentes ao Estado democrático a pretensão de afastar direitos de terceiros prejudicados pela desapropriação, através da sub-rogação, em uma espécie de preço único, de todos os direitos incidentes sobre o bem expropriado. Se existem direitos reais ou pessoais incidentes sobre o bem expropriado, eles devem ser indenizados ou convencidos o seu pagamento na hipótese de uma alienação consensual.

Como visto, a declaração de utilidade pública também gera o efeito de permitir que as autoridades administrativas, devidamente autorizadas, penetrem nos prédios compreendidos na declaração, admitindo-se o apoio de autoridade policial (artigo 7º). Nesse contexto, a fase executória extrajudicial poderá ser utilizada, também para permitir o levantamento e aperfeiçoamento das plantas de obras a executar e mais providências diretas no local (FAGUNDES, 1949, p. 142). É bem verdade que tais medidas são e devem ser realizadas, também, antes da declaração de utilidade pública, pois desapropriações somente tornarão necessárias na exata medida que exige a realização de uma obra ou o atendimento a um objetivo público. Ou seja, para a realização de obras que demandem desapropriações de bens imóveis, certamente terá ocorrido um prévio planejamento para identificação das áreas para delimitação da declaração de utilidade pública. Todavia, pela sistemática do Decreto-lei nº 3.365/1941, nada impediria que bens imóveis sejam objeto de declaração de utilidade pública somente para viabilizar o ingresso compulsório no terreno, para verificação e ajustes necessários nos projetos relativos às obras a serem executadas pelo poder público. Contudo, antes da declaração de utilidade pública, caso o Poder Público precise ingressar nos terrenos, deverá haver o consentimento do proprietário.

Sabe-se que a declaração de utilidade pública não possui o efeito de tornar obrigatória a desapropriação. (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 133). Apenas cria-se o direito de promover o poder expropriatório. Depois de declarada a utilidade pública, o bem não deverá ser desapropriado se não for imprescindível para atingir ao fim público pretendido¹⁰³, taxativamente¹⁰⁴ descrito no Decreto-lei nº 3.365/1941 – resguardadas outras hipóteses previstas em lei. Assim, não é possível afirmar que a penetração compulsória seja a finalidade principal da fase executória extrajudicial, pois decorre de mero efeito da declaração de utilidade pública e que eventualmente poderá ser exercida. Por outro lado, como visto, o Poder Público, em momento algum, poderá deixar de tentar a realização de um negócio bilateral para a aquisição dos bens declarados de utilidade pública.

O procedimento a ser adotado, na fase executiva extrajudicial, para a obtenção do bem declarado de utilidade pública, não é regulado pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, nem por outra lei específica, devendo ser observados atos infralegais. Antônio Carlos Costa e Silva (1975) sistematizou bem os atos necessários para a realização do “procedimento amigável” para obter o acordo na fase executória extrajudicial.

Segundo o autor, depois de publicado o decreto desapropriatório, a autoridade competente para a execução expedirá uma portaria determinando a instauração do procedimento, que deverá estar devidamente autuada com cópias do decreto de utilidade pública, o cadastro da propriedade, a planta da situação do imóvel, com as especificações que o identifiquem e o valor que lhe tenha atribuído a avaliação preliminar. (SILVA, 1975, p. 297 *et seq.*). Caso ainda não se tenha procedido a avaliação preliminar, o poder expropriante deverá, em um segundo momento, nomear um perito ou comissão avaliadora para proceder à avaliação do imóvel, conforme os requisitos do artigo 27, do Decreto-lei nº 3.365/1941, seguida da juntada do laudo de avaliação ao processo administrativo (SILVA, 1975, p. 298). Após a avaliação, deve-se dar ciência ao proprietário e convocá-lo para que este realize sua habilitação,

¹⁰³ Dentro desse conceito de fim público, também se inclui a hipótese de desapropriação por zona, quando se desapropria terrenos que se valorizem extraordinariamente em razão da obra a ser realizada.

¹⁰⁴ Resguardadas outras hipóteses previstas em lei especial, nos termos do artigo 5º, alínea “p”, do Decreto-lei nº 3.365/1941.

mediante prova do domínio, a fim de receber o que lhe for devido a título de justa indenização pela perda do direito de propriedade (SILVA, 1975, p. 299). Tendo ciência do procedimento, o proprietário poderá anuir com os termos da avaliação preliminar, caso em que será firmado um “termo de consentimento”, a ser lavrado no processo administrativo, com a sua concordância pelo preço oferecido, caso em que se assinará um contrato adesivo para alienação do bem. Antes de se elaborar a escritura pública, o poder expropriante irá depositar o valor em conta bancária à disposição do expropriado e somente autorizará o levantamento após a assinatura da escritura definitiva. (SILVA, 1975, p. 300 *et seq.*).

Em que pese essa sistematização pragmaticamente realizada por Costa e Silva (1975), é inegável que a inexistência de um procedimento padronizado em Lei poderá tornar inócua a busca pela consensualidade na fase executória extrajudicial. O grande problema que envolve a fase executória extrajudicial é, a nosso ver, justamente a inexistência de diretrizes legais previamente fixadas para que se garanta a negociação da justa indenização, em caso de efetivação da desapropriação.

Muitas vezes, essa fase se resume à notificação da desapropriação e à proposta do valor oferecido, após a avaliação do imóvel realizada pelo poder expropriante. Em outros casos, são realizadas vistorias complementares para quantificação mais exata dos valores das benfeitorias. Se o expropriado não concorda com o valor, o poder expropriante ingressa em juízo, frequentemente amparado com a alegação de urgência para imissão prévia na posse, precedida do depósito do valor que lhe convém. E, em muitos casos, não é de se olvidar que “desapropriações amigáveis” sejam realizadas através de uma coerção psicológica ocasionada pela ameaça do iminente ajuizamento da ação de desapropriação ou diante da indisposição de o expropriado se aventurar em uma duradoura e dispendiosa empreitada judicial. Não existe a expressa obrigatoriedade de se produzirem provas na fase administrativa para instruir a discordância quanto ao valor oferecido, nem uma procedimentalização adequada para que o justo preço seja estabelecido deliberativamente, entre o poder expropriado e o expropriando. Em caso de discordância, muitas vezes, é o laudo pericial, homologado pelo Juiz na ação judicial, que definirá o valor da justa indenização.

Se o objetivo principal da fase administrativa extrajudicial é a busca da consensualidade na obtenção do bem, então, é importante que se criem procedimentos e diretrizes básicas para que isso possa efetivamente ocorrer em todos os procedimentos expropriatórios, exceto naqueles em que, de fato, a urgência na expropriação não permita o desenvolvimento desses preceitos democráticos, sem que haja um prejuízo a um interesse público prevalecente. Portanto, sem a garantia de deliberação do justo preço no procedimento executivo extrajudicial, a desapropriação não terá ocorrido em sintonia com os deveres decorrentes do Princípio Democrático.

4.3 O processo judicial e o papel do Poder Judiciário na verificação dos casos de utilidade pública

O Decreto-lei nº 3.365/1941 conferiu novo papel ao magistrado no procedimento expropriatório. Anteriormente, a definição do valor da indenização sempre ficava a cargo de um grupo de jurados ou árbitros, que definiam o valor, através de maioria de votos, caso em que ao Juiz competia zelar pelas formalidades e homologar o valor encontrado. Por meio do Decreto-lei nº 3.365/1941, o Juiz assume competência de fixar o preço, amparado nos meios probatórios trazidos aos autos, tais como documentos e avaliação pericial.

Não logrado êxito na aquisição do bem declarado de utilidade pública pela via consensual, o poder expropriante deverá ajuizar uma ação de desapropriação para atingir seu fim. A atuação do Poder Judiciário poderá ser *homologatória ou contenciosa*. O primeiro caso ocorre quando, mesmo não tendo anuído com a realização de acordo na fase executória extrajudicial, o expropriado aceita o valor ofertado na ação de desapropriação, caso em que o Juiz homologará, por sentença, a desapropriação e expedirá mandado de imissão na posse em prol do poder expropriante. Já no segundo caso (atuação contenciosa), há questões a serem definidas em juízo, tais como o valor da justa indenização ou supostos vícios que existem na desapropriação, tais como incoerência da pretensão expropriatória com as hipóteses definidas em Lei, outros casos de desvio de poder, a desobediência de obrigações formais do processo, dentre outras ilegalidades.

O processo judicial de desapropriação, apesar de suas particularidades, é uma ação judicial que deve seguir o rito ordinário definido no Código de Processo Civil, tal como faz referência os artigos 19, 24 e 42 do Decreto-lei nº 3.365/1941. Quando da criação desses dispositivos, estava vigente o antigo Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608/1939). Mas, de toda forma, a jurisprudência e a doutrina são remansosas em aplicar o Código de Processo Civil de 1979, no que couber, à ação de desapropriação.

A petição inicial, além dos requisitos definidos no artigo 282 do Código de Processo Civil, deverá conter a oferta do valor da indenização. Além disso, deverá ser instruída com o original ou cópia autenticada do contrato ou do jornal oficial que contém o decreto de desapropriação, conforme menciona o artigo 13, do Decreto-lei nº 3.365/1941. O contrato aqui referido, como explica Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977), só é exigível:

[...] quando se tratar de pessoas concessionárias de serviço público ou de entidades delegadas. Como tais pessoas ou entidades não podem declarar a desapropriação, mas apenas promovê-la quando autorizadas por lei ou contrato, a execução em juízo depende de prova instrumental da concessão, ou melhor, do contrato assistido pelo ato administrativo expropriatório a ser cumprido pela via jurisdicional. (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 280).

O parágrafo único, do artigo 13, do Decreto-lei nº 3.365/1941, dispõe que “sendo o valor da causa igual ou inferior a dois contos de réis (2:000\$0), dispensam-se os autos suplementares”. Os autos suplementares destinam-se à substituição ou à reconstituição do processo original. No entanto, há tempos que tal mecanismo não vem sendo utilizado, principalmente porque se trata de procedimento facultativo. Com a tecnologia da fotocópia, tal mecanismo entrou em desuso. (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 280).

Depois de recebida a petição inicial, o Juiz nomeará, no despacho inicial, um perito técnico de sua confiança para proceder à avaliação do imóvel (artigo 14). E, em caso de declaração de urgência, o Juiz decidirá, no despacho inicial, o pedido de imissão provisória na posse, devendo, para tanto, proceder à prévia intimação do expropriado e à avaliação preliminar do bem expropriando, de modo a se evitarem insanáveis injustiças.

Uma vez citado, o expropriado deverá apresentar sua contestação, podendo, nesta ocasião, concordar com o preço, ou impugná-lo. Não havendo concordância sobre o valor da justa indenização, o perito técnico deverá apresentar um laudo de avaliação em até cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento agendada pelo Juiz (artigo 23), ocasião que, se convencido, proferirá sua sentença estabelecendo o valor da justa indenização.

Da sentença, caberá apelação apenas no efeito devolutivo, salvo se o apelante for o poder expropriante (artigo 28), quando o recurso deve ser recebido com ambos os efeitos. Haverá reexame necessário, se a sentença condenar no dobro do valor inicialmente oferecido (artigo 28, §1º). Uma vez depositado o valor decidido em sentença, o Juiz expedirá, a favor do poder expropriante, o mandado de imissão na posse, valendo a sentença como título hábil para averbação no cartório de registro de imóveis (artigo 29).

Nesse contexto da fase judicial, o *artigo 9º*, do Decreto-lei nº 3.365/1941 afirma *que não cabe ao Poder Judiciário decidir se verificam ou não os casos de utilidade pública*. Ao contrário do que se possa induzir, esse artigo tem o condão de afastar do Poder Judiciário a competência para afirmar se uma pretensão expropriatória encontra, ou não, guarida na Lei geral de desapropriações. De fato, existe uma profunda diferença entre (i) verificar se existe a utilidade pública que justifique a desapropriação e (ii) decidir se o caso mencionado no decreto desapropriatório se enquadra na enumeração da Lei (CRUZ, 1941, p. 53), ou se o motivo expropriatório apresentado é pertinente com a realidade objetivamente verificada. Com efeito, não cabe ao Poder Judiciário analisar se uma obra deve, ou não, ser realizada em vista a uma finalidade pública. Cabe somente à Administração Pública avaliar se é, ou não, conveniente, para o interesse público, a realização de uma obra que demande a desapropriação de bens particulares.

Mas, o Poder Judiciário pode e deve, sempre quando acionado, verificar se a desapropriação pretendida encontra entre as hipóteses legais que permitem essa intervenção na propriedade privada (artigo 5º). Qualquer tentativa de vedar que o Poder Judiciário aprecie a legalidade de atos da Administração Pública consubstancia em evidente desrespeito ao *princípio da inafastabilidade do judiciário a lesão ou*

ameaça a lesão a direito (artigo 5º, inciso XXXV, da CR88). Por isso, conforme entendimento que se pacificou no *Superior Tribunal de Justiça*, a verificação da validade de utilidade pública e seu enquadramento nas hipóteses previstas no Decreto-lei nº 3.365/1941, se submete, sim, ao conhecimento do Poder Judiciário¹⁰⁵.

Essa competência fiscalizadora do Poder Judiciário é *característica da própria taxatividade* dos casos de utilidade pública autorizadas da desapropriação. A definição, pela Lei, dos casos que permitem o exercício do poder expropriatório, é uma clara intenção de limitar o poder discricionário da Administração Pública em sua avaliação sobre qual interesse público pode ensejar no poder de desapropriação, homenageando, assim, o direito fundamental à propriedade. O poder de substituir as faculdades de uso e gozo da propriedade, pela justa indenização, conforme previsto na Constituição, é excepcional. Se não fosse assim, não poderia se cogitar em um mínimo de segurança individual da propriedade, já que, à luz de um conceito tão fluido como o “interesse público”, incontáveis poderiam ser as hipóteses que possibilitariam a desapropriação pelo Estado. Portanto, a intenção do legislador foi clara: proteger a propriedade contra o arbítrio da Administração Pública. E, para tanto, optou-se pela taxatividade das hipóteses autorizadas da desapropriação.

Essa garantia se evidencia principalmente ao se observar a alínea “p”, do artigo 5º, do Decreto-lei nº 3.365/1941 (“os demais casos previstos por leis especiais”). Seabra Fagundes (1949, p. 128) afirma que tal dispositivo encerra “uma das mais eficientes garantias em favor do direito de propriedade, pela limitação do arbítrio administrativo na matéria de desapropriação”, possibilitando ao Poder Judiciário “o confronto do ato com a lei para dizer seu enquadramento nesta”.

No mesmo sentido, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977, p. 294 *et seq.*) afirma que seria desnecessária, portanto, “a longa enumeração do art. 5º e a referência feita na letra p”. Nesse sentido, pondera o seguinte:

¹⁰⁵ A esse respeito é de se citar trecho da ementa da decisão do REsp nº 97748/RJ: “1. Submete-se ao conhecimento do Poder Judiciário a verificação da validade de utilidade pública da desapropriação e o seu enquadramento nas hipóteses previstas no Decreto-Lei n. 3.365. O que refoge ao controle jurisdicional é o juízo valorativo da utilidade pública.” (REsp 97.748/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 2ª Turma, julgado em 05/04/2005, DJ 30/05/2005, p. 266).

Com efeito. Como no direito anterior, o sistema discriminatório dos casos continua minucioso e concreto, com uma preocupação manifestamente finalística, dentro de intenção claramente manifestada pelo legislador. Do contrário, o art. 5º seria uma inutilidade dentro do corpo do Decreto-lei n. 3.365; um formalismo nada prático e fora da boa técnica jurídica, da lei, dizendo para não obrigar ou não se apreciar, fulminando irremediavelmente o próprio objetivo processual na desapropriação e trazendo como consequência a validade de um ato administrativo marcado de invalidez. (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 294 *et seq.*).

A questão que se coloca é se o Poder Judiciário poderia verificar, *na própria ação de desapropriação*, se o motivo que justificou a desapropriação está efetivamente enquadrado nos casos de utilidade pública permitidos em lei. O Decreto-lei nº 3.365/1941, por meio de seu artigo 20, deixa claro sua intenção de afastar qualquer discussão nesse sentido na ação de desapropriação, ao dispor: “A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”. (BRASIL, 1941). Se o expropriado pretende alegar, em sua defesa, que o motivo que justificou a desapropriação não se adapta aos casos permitidos em Lei, deverá fazê-lo em ação própria, sendo imprópria a insurgência na ação de desapropriação.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977, p. 159) pontua que o artigo 20, do Decreto-lei nº 3.365/1941, contradiz com a sistemática de princípios contidos no Código de Processo Civil, ao procurar limitar a defesa “que deveria ser ampla sem prejuízo para os privilégios do Poder Público”. E está, a nosso ver, correto em suas razões. Esse autor defende, por isso, que não cabe afastar o Juiz do exame da legalidade ou inconstitucionalidade do ato administrativo de declaração pública. Diante de uma flagrante ilegalidade do ato declaratório, afastar o juiz dessa apreciação seria permitir a violação ao direito de propriedade e ao direito de ampla defesa. Assim, Franco Sobrinho (1977) afirma que, depois de recebido o pedido da ação expropriatória, verificando a existência dos documentos exigidos na Petição Inicial, tal como determina o artigo 13, do Decreto-lei nº 3.365/1941, a verificação da legalidade assenta nas seguintes exigências jurídicas:

- a) Se é ou não competente a autoridade que lavrou o decreto expropriatório;
- b) se o decreto, ou a declaração corresponde a um dos casos do art. 5º, ou vem motivado em lei especial;
- c) se o imóvel desapropriando resulta de um

plano administrativo e está vinculado ao objeto da desapropriação. O que não pode o Judiciário, pela proibição legal, é apreciar dos motivos que levam o Poder Público, fundado em lei, a baixar a declaração. (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 294).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a) também professa o entendimento que todo tipo de impugnação que possa invalidar a declaração de utilidade pública pode ser, sim, realizada na ação de desapropriação. Segundo ele, “na própria ação de desapropriação ou então desde a declaração de utilidade pública, antes de iniciada a ação expropriatória, pode ser contestada a validade da declaração de utilidade pública pelo proprietário do bem” (MELLO, 2006a, p. 846).

O importante é resguardar o caráter “garantístico” do instituto jurídico da desapropriação. Por isso, se for possível demonstrar que a justificativa apresentada para realizar a desapropriação não se encontra dentre as hipóteses permitidas em lei, ou mesmo que a declaração de utilidade pública será usada para a realização de outra finalidade não permitida em lei, o Juiz, desde o início da ação de desapropriação, deve reconhecer a ilegalidade da pretensão expropriatória. (MELLO, 2006a, p. 846). Neste contexto, Bandeira de Mello (2006a) assevera que:

Cumpra que tal apreciação possa ser feita até mesmo na ação expropriatória, que, se assim não fora, de nada valeria ao particular demonstrar-lhe o vício posteriormente, pois, uma vez integrado o bem, ainda que indevidamente, ao patrimônio público – *ex vi* do art. 35 do Decreto-Lei 3.365 – a questão resolver-se-ia por perdas e danos, donde ser ineficiente tal meio para garantir ao proprietário despojado a proteção estabelecida no art. 5º, XXIV, da Carta Magna, que assegura a propriedade, salvo quando o interesse público (entende-se, efetivamente existente) requeira sua conversão na correspondente expressão patrimonial. (MELLO, 2006a, p. 846 *et seq.*).

Em harmonia a esse posicionamento, é interessante a posição de Kiyoshi Harada (2005):

A expressão *vício do processo judicial* abarca não só as nulidades previstas no Código de Processo Civil (representação irregular não sanada, falta de intimação do Ministério Público quando obrigatória, incapacidade processual não sanada etc.), como também o exame da legalidade do ato expropriatório. [...] A interpretação do art. 20 dentro desse contexto conduz à possibilidade de o juiz examinar a legalidade do ato administrativo. (HARADA, 2005, p. 212).

A tentativa do Decreto-lei nº 3.365/1941 de excluir da competência do judiciário a análise de legalidade da declaração de utilidade pública não é criticável somente à luz da Constituição da República de 1988. J. Oliveira e Cruz, em 1941, já demonstrava, com maestria, bastante preocupação com tais disposições trazidas pelo artigo 9º e 20 do Decreto-lei nº 3.365/1941:

Não vemos razão para excluir do processo da desapropriação o exame da validade legal dos documentos que instruem um pedido judicial de desapropriação e conseqüente decisão, que, por força das leis vigentes, constituem a parte preliminar do processo desapropriativo, como demonstrou o ilustre Professor Mendes Pimentel no seu estudo sobre a questão que ora consideramos.

Para que um segundo processo? Para que gastar o tempo dos juizes e das partes com uma ação distinta, quando a única discussão constitucionalmente admissível (a que diz respeito à legalidade ou à ilegalidade do requerimento de transferência) pode e deve ser resolvida mediante simples inspeção dos documentos que instruem a inicial, antes mesma da citação do desapropriado para contestar o pedido?

A instauração dessa ação especial ou direta, de tão duvidosa constitucionalidade, não importaria num luxo processual injustificável, em face da atual orientação de se suprimir todos os processos, assim como todos os atos processuais, que não tiverem por fim atender a uma verdadeira necessidade de ordem prática? (CRUZ, 1941, p. 63).

A pretensa exclusão da competência jurisdicional na análise da legalidade da desapropriação ou mesmo de qualquer afronta a direito na mesma ação de desapropriação, como dispõem os artigos 9º e 20, do Decreto-lei nº 3.365/1941, evidentemente, não pode ser considerada constitucional.

De fato, a tentativa de transformar a ação de desapropriação em uma via imprópria para a discussão da validade da pretensão expropriatória poderá, inevitável e irreversivelmente, causar uma grave lesão a direito do expropriado. Isso ocorrerá especialmente se considerarmos o sério risco de o expropriado, mesmo conseguindo – em processo autônomo – a declaração de ilegalidade de uma desapropriação, ter o seu direito de propriedade convertido em perdas e danos, no caso de imissão prévia na posse e posterior incorporação do bem ao patrimônio público. Por isso, negar a verificação da legalidade da desapropriação na própria ação de desapropriação evidencia o desrespeito ao princípio do acesso ao judiciário (artigo 5º, inciso XXXV,

da Constituição da República de 1988), bem como ao direito fundamental da propriedade e a garantia de excepcionalidade da desapropriação (artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição da República de 1988).

Além disso, os dispositivos ora em comento (artigos 9º e 20, do Decreto-lei nº 3.365/1941) também não refletem a intenção constitucional de trazer maior racionalidade e celeridade ao exercício da atividade jurisdicional. A Constituição da República de 1988 dispõe, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988). Obviamente, a tentativa de se afastar a competência jurisdicional para se manifestar acerca da licitude da declaração de utilidade pública, ou se há, ou não, desvio de finalidade da desapropriação, o que, em muitos casos, poderá ser feito através de simples análise dos documentos iniciais, carece de razoabilidade. E muito menos homenageia a celeridade judiciária, já que implicará em maior custo e esforço jurisdicional, tendo em vista que demandará o ajuizamento de novas ações conexas e eventuais paralisações de ações judiciais por meio de medidas liminares.

Destarte, a exclusão da apreciação jurisdicional, na ação de desapropriação, de qualquer questão que não sejam vícios processuais ou a impugnação do preço causará evidentemente prejuízos para o expropriado. Então, qual seria a razão para o marco legal das desapropriações por utilidade pública estabelecer essa previsão, senão para colocar o interesse do particular em segundo plano? Por isso, é inadmissível, em um Estado democrático, esse tipo de vedação, especialmente diante de outras garantias constitucionais que estão sendo relegadas. Essa previsão, na medida em que afasta um legítimo interesse do particular – se defender de eventuais ilegalidades cometidas em um procedimento expropriatório – evidencia um caráter “arbitrário”, “antissolidário” da conduta estatal, pois ignora o interesse da pessoa potencialmente atingida pela decisão.

O interesse público que justifica a desapropriação não é condizente com a institucionalização do “sacrifício” do particular; pelo contrário, é o interesse público que deve ampará-lo de todos os prejuízos ocasionados (“dever de solidariedade, com observância dos legítimos interesses daqueles a serem prejudicados pela decisão”). Por

isso, à luz do Princípio Democrático, não é possível impor ao expropriado o ônus de ingressar com uma ação judicial própria e arcar, assim, com as despesas diretas e indiretas decorrentes disso.

4.4 A imissão provisória na posse

4.4.1 A necessária mudança de interpretação do artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941

O artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941, diz que “se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens”. Esse dispositivo insinua que, a imissão provisória da posse, anteriormente à finalização do processo judicial expropriatório, de acordo com o *caput* desse dispositivo, condiciona-se ao respeito a dois requisitos: (i) a alegação de urgência e (ii) o depósito de quantia arbitrada nos termos do artigo 685, do Código de Processo Civil.

O artigo 685 referido no *caput* do artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941, refere-se ao Código de Processo Civil de 1939, vigente em 1941, inserido no Título que tratava de medidas preventivas, e dispunha o seguinte:

Art. 685. Despachada a petição, feitas as citações necessárias e, no prazo de quarenta e oito (48) horas, contestado, ou não, o pedido, o juiz procederá a uma instrução sumária, facultando às partes a produção de provas, dentro de um tríduo, e decidindo, em seguida, de acordo com o seu livre convencimento.

Parágrafo único. A faculdade de livre convencimento não exime o juiz do dever de motivar a decisão, indicando as provas e as razões em que se fundar. (BRASIL, 1941).

Em sua origem, o Decreto-lei nº 3.365/1941 condicionou o deferimento da imissão provisória à realização de um procedimento sumário preventivo, bem avaliado por Seabra Fagundes (1949, p. 219), segundo o qual “fica margem, assim, a ser ouvido o proprietário e a fazer-se uma sumária prova do valor da coisa com participação dos

interessados”. Esse insigne autor resume o processo que deveria ser adotado nesses casos:

[...] despachando a petição (que poderá ser a inicial da causa, cumulando-se com o pedido principal o de urgência, como poderá ser destinada unicamente ao pedido de imissão imediata) o juiz ordenará a citação do dono da coisa para dentro de 48 horas contestar o pedido, se quiser, e assinará às partes uma dilação de 3 dias para a produção das provas, após o que decidirá por livre convencimento.

Por mais premente que seja a urgência da imissão, não é possível deferi-la sem audiência daquele que haja de ser demitido da posse e sem tríduo probatório (donde dever mediar, pelo menos, entre o despacho da inicial e a sentença, o intervalo de 5 dias. (FAGUNDES, 1949, p. 220).

Em sua redação original, esse dispositivo pretendeu condicionar a imissão provisória na posse à realização de uma medida preparatória na qual o magistrado possui a competência discricionária para aferir a quantia preliminar a ser depositada pelo poder expropriante, depois de olvido o expropriado sobre a oferta inicial, dentro de quarenta e oito horas, e após oportunizada uma breve dilação probatória a ser realizada dentro de três dias (tríduo) da citação.

Com a vigência do atual Código de Processo Civil, tal procedimento prévio poderia equivaler a uma medida cautelar geral, cujo procedimento sumaríssimo foi definido no artigo 802 e 803 desse diploma processual. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 302).

Posteriormente, buscou-se ofertar alternativa ao poder expropriante ao possibilitar a imissão provisória da posse de bem sujeito ao antigo “imposto predial”, independente de prévia oitiva do expropriado, após o depósito do valor equivalente a vinte vezes o “valor locativo” (antiga base de cálculo utilizada para o imposto predial), conforme inteligência do parágrafo único, do artigo 15, acrescentado pelo Decreto-lei nº 4.152/1942. Em seguida, o Decreto-lei nº 9.811/1946 modificou esse dispositivo para possibilitar a imissão provisória na posse, independente de citação, de bens sujeitos ao antigo imposto territorial, urbano ou rural, mediante o depósito do valor utilizado como base para o cálculo desse imposto.

A Lei nº 2.786/1956, por sua vez, revogou esse parágrafo único, do artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941, para acrescentar o §1º, pretendendo estender essa

possibilidade de expropriação, independente de citação, também para imóveis não sujeitos ao mencionado “imposto predial”, como os imóveis rurais. Para tanto, manteve-se a permissão de imissão provisória na posse, independente de citação, através do depósito do: (i) valor equivalente a vinte vezes o “valor locativo”, em caso de bem sujeito ao imposto predial; (ii) do valor ofertado ao bem sujeito ao imposto predial, caso esse valor seja superior à quantia equivalente a vinte vezes o “valor locativo”; (iii) do valor cadastral do imóvel sujeito ao imposto territorial, urbano ou rural, caso esse valor tenha sido atualizado no ano imediatamente anterior; ou (iv) do valor arbitrado pelo Juiz, independente de avaliação, caso o valor do bem sujeito ao imóvel territorial, urbano ou rural, não tenha sido atualizado no ano anterior.

A mesma Lei nº 2.786/1956 acrescentou os §§2º e 3º, para impor o limite máximo de cento e vinte dias para o requerimento da imissão provisória da posse, a contar da declaração de urgência, caso em que descumprido esse prazo, a imissão provisória na posse não poderá mais ser concedida.

A menção a “valor locativo” pelas alíneas “a” e “b”, do §1º, do artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941, como visto, ocorreu porque o imposto predial, na vigência da Lei nº 2.786/1956, o utilizava como base de cálculo. Todavia, essa referência entrou em desuso depois da vigência da Lei nº 5.172/1965 (Código Tributário Nacional), que passou a prever o valor venal do imóvel, ou seja, o seu valor de mercado, como base de cálculo do imposto predial e territorial urbano, conforme disposto no artigo 33.

Contudo, a utilização do valor cadastral do imóvel, como parâmetro para o depósito prévio para fins de imissão provisória na posse, cria um grave problema. Na grande maioria dos casos, o valor cadastrado do imóvel, como se sabe, não corresponde ao real valor de mercado. O valor cadastral do imóvel é geralmente utilizado para fins de definição da base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), bem como do Imposto sobre Transmissão onerosa “*inter vivos*”, a qualquer título, de Bens Imóveis (ITBI). Muitas vezes, o valor cadastral do imóvel é fixado em quantia menor do que o valor de mercado, seja por critério parafiscal, como

meio de amenizar a carga tributária para proprietários hipossuficientes¹⁰⁶, seja porque o valor cadastral possui avaliação desatualizada, já que, normalmente, não é realizada anualmente.

Por isso que, na década de 1970, em função de diversas obras realizadas no Município de São Paulo e da grande insatisfação popular causada por imissões provisórias na posse mediante depósitos irrisórios dos valores cadastrais, muito aquém do valor real do imóvel expropriado, foi editado o Decreto-lei nº 1.075/1970. Esse diploma legal estabeleceu um rito sumaríssimo para avaliação provisória do bem imóvel urbano residencial, submetido a pedido de imissão provisória da posse, que fosse habitado pelo proprietário ou promissário-comprador.¹⁰⁷

Nesse contexto, é equivocado, a nosso ver, o Decreto-lei nº 3.365/1941 apresentar a expressão “imissão *provisória* da posse”. A “urgência” é requisito para o deferimento dessa medida antecipatória. Isso significa que, em regra, é necessário realizar rápida intervenção que dependa da imediata expropriação do bem. Por isso, o instituto da imissão provisória na posse, torna-se necessariamente uma antecipação da posse definitiva, que deveria ser concedida após a sentença que fixar o valor da justa indenização. Ela somente será, de fato, “provisória”, se, depois de imitado na posse do expropriado, o poder expropriante desistir da continuidade da desapropriação, se considerar inconveniente a obra ou a utilidade pública que seria implantada, por exemplo. Poderia se falar em provisoriedade, também, se constatada administrativa ou judicialmente, a ilegalidade da declaração de utilidade pública, por desvio de finalidade, ou mesmo da inexistência da urgência motivadamente alegada. Todavia, enquanto não houver a reversão da posse, ela será uma posse com *animus* definitivo, pois se presta, essencialmente, à realização das obras e intervenções pretendidas no imóvel, o que demandará a sua permanência.

Nesse sentido, parece-nos equivocada a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

¹⁰⁶ Nesse sentido, Harada (2005, p. 106) afirma que a “política de favorecimento dos proprietários humildes, praticada ao longo desses anos, acabou por conduzir a uma situação irreal, atribuindo a inúmeros imóveis um valor venal absolutamente ridículo, com sérios reflexos na arrecadação do IPTU e do imposto sobre transmissões imobiliárias *causa mortis* e a título gratuito, estes últimos de competência impositiva estadual”.

¹⁰⁷ Mais detalhes relativos ao Decreto-lei nº 1.075/1970 serão vistos no próximo capítulo.

“[...] o Decreto-Lei nº. 3.365/41 permite apenas a imissão provisória do expropriante, no bem objeto de desapropriação, não autoriza imissão definitiva. Para se valer de seus permissivos, a expropriante deve provar que seu ingresso na posse não é definitivo, mas provisório”¹⁰⁸.

Não é a provisoriedade que autoriza a imissão da posse antes da prolação da sentença, mas sim a urgência no uso do bem, ocasião em que o interesse público não pode esperar o provimento jurisdicional final da ação de desapropriação.

Assim, é tendencioso a legislação infraconstitucional referir como “provisória”, se a imissão antecipada se dá, quase sempre, com *animus* definitivo. O artigo 15, §1º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, deixa transparecer, de forma evidente, a intenção de “legitimar” a antecipação da imissão na posse, antes da sentença definitiva, mediante o pagamento de um valor menor do que o devido. Se a imissão “provisória” na posse implica retirar do expropriado todas as faculdades inerentes ao domínio, então o direito fundamental à justa e prévia indenização, previsto no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição da República de 1988, deve ser aplicado, até mesmo porque tem aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1º, do texto constitucional.

Nesse contexto, pouco importa quando ocorrerá a transferência formal do domínio. A desapropriação, como visto, é uma medida excepcional e a excepcionalidade desse instituto reside justamente nisso: a retirada da posse, principal atributo da propriedade, é um grande agravo a um direito fundamental do homem, sempre existente.¹⁰⁹

O fato é que, sem a posse, o expropriado fica privado do uso e gozo do domínio, atributos essenciais para que se possa retirar, do bem expropriado, todas as suas utilidades econômicas¹¹⁰. Tanto é assim que, *na legislação imperial, se buscou*

¹⁰⁸ Recurso Especial nº 41183/SP.

¹⁰⁹ Pontua-se que sua existência antecede sua garantia no artigo 2º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

¹¹⁰ O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.196 dispõe que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Neste ponto, é possível que uma pessoa com posse mediata de um bem conseguia gozar do bem, enquanto outro, que tem a posse mediata, somente use dele, mas sem o atributo da fruição. Todavia, a perda da posse aqui mencionada, faz referência à perda do uso e gozo, condições essenciais para o aproveitamento econômico do bem, sem que haja a alienação do mesmo. Orlando Gomes (2007, p. 41) pondera que

preservar o direito à prévia indenização também ao usufrutuário e ao locatário de um imóvel desapropriado, o que demonstra a importância da prévia indenização, quando se tratar do afastamento da posse. Ora, uma vez afastada a posse, o proprietário, ou mesmo o usufrutuário e o locatário, se ali reside ou realiza suas atividades econômicas, deverá procurar outro local que permita o mesmo uso e gozo da posse direta perdida. E sem a justa e prévia indenização, o proprietário não conseguirá obter o domínio de outro bem com as mesmas qualidades de fruição.

Por isso, se for necessário antecipar a imissão da posse em benefício do poder expropriante, é essencial que se busque o resguardo do direito do expropriado, através de uma justa compensação. Esse direito também decorre do *Princípio da Isonomia*, previsto no *caput* do artigo 5º, e inciso I, da Constituição da República de 1988. Ou seja, se a efetivação de uma utilidade pública demanda o sacrifício de um direito do particular, toda a sociedade deverá indenizá-lo de todos os prejuízos¹¹¹.

Com efeito, o dever de solidariedade, inerente ao Princípio Democrático, demanda que se observem os legítimos interesses daqueles prejudicados pela decisão desapropriatória. Se o interesse público urge pela imediata imissão na posse, não é equânime e adequada a conduta pública em realizar esse ato, sem contraditório e

existem controvérsias intermináveis para solucionar a natureza jurídica da posse: “Quanto aos elementos constitutivos da posse, entende Savigny que são o *corpus* e o *animus*. Este há de configurar-se, todavia, como *animus domini*. [...] Faltando o *animus domini*, haverá, apenas, *detenção*. Ihering não leva em conta tais elementos. Ainda que se pudesse lobrigar em sua doutrina uma concessão ao elemento psicológico, a intenção seria simplesmente a quem possui como se fosse proprietário e a quem detém a outro título. [...] Quanto à *natureza* da posse [...] Savigny sustenta que a posse é um *fato*, que se converte em direito, porque a lei o protege. Ihering propugna a tese de que a posse é um direito. [...] quanto ao *fundamento da proteção possessória*, as duas teorias divergem. A de Savigny justifica a defesa da posse como decorrência do princípio geral de que toda pessoa deve ter a proteção do Estado contra qualquer ato de violência. A de Ihering justifica a proteção possessória como meio de facilitar a defesa da propriedade. (RA) A construção jurisprudencial foi se apartando, em algumas hipóteses, desse conceito subordinado e secundário da posse; exemplar significativo é a Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça que, ao superar o vetusto entendimento da Súmula 621 do STF, chancelou tutela possessória por meio de embargos de terceiro independente de regime imobiliário do compromisso de compra e venda” (GOMES, 2007, p. 39 *et seq.*). Independente dessa discussão, a ser aprofundada pela doutrina civilista, é de se pontuar que a importância da proteção jurídica dada à posse, principalmente à posse direta, vincula-se com a imprescindibilidade do uso ou gozo para a esperada fruição econômica do bem, seja para fins habitacionais, empresariais ou outras funções institucionais.

¹¹¹ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo (2006a, p. 965), bem pontua que “se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado. Qualquer outra indagação será despicienda, por já haver configurado situação que reclama em favor do atingido o patrocínio do preceito da isonomia”.

avaliação prévios, para que o depósito do preço seja o mais próximo possível da justa indenização.

Assim, para que se possa efetivamente respeitar o direito de propriedade, enquanto garantia fundamental, dentro do qual é ínsito o direito de usufruir e gozar do bem, em caso de urgência na imissão da posse do bem expropriado, deve-se buscar resguardar ao expropriado, imediatamente, as condições de uso e gozo do bem que foi imitado na posse em benefício do interesse público. E isso deve ocorrer essencialmente mediante dois critérios: *(i)* ou se realiza um procedimento em que se faça presente a avaliação prévia do bem expropriado, com a oitiva do proprietário, com a possibilidade de imediato levantamento do valor para que se possa adquirir outro domínio com as mesmas qualidades de fruição; ou *(ii)* se permite que o expropriado possa usufruir de outra propriedade qualitativamente semelhante à perdida, mediante o oferecimento de uma quantia suficiente para arcar com o aluguel, arrendamento e custos de desmobilização e mudança, durante o período razoável de duração da ação de desapropriação, até o depósito definitivo da justa e prévia indenização.

Desta feita, é de se concluir que o §1º, do artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941, se aplicado incondicionalmente, é inconstitucional, porque vai de encontro à garantia da propriedade da justa indenização e ao Princípio Democrático, pois refletiria uma conduta antissolidária do Estado imposta à revelia da consideração do legítimo interesse do particular envolvido.

Portanto, a interpretação do instituto da imissão prévia na posse, conforme a Constituição, especialmente ao Princípio Democrático, demanda a realização de medidas, administrativas ou judiciais, que busquem resguardar, desde o início, o direito do expropriado de manter as condições de fruição da posse perdida. Mas não é isso que acontece.

Harada (2005) defende a possibilidade de imissão provisória na posse através do simples depósito do valor cadastral, como entende grande parte da jurisprudência hoje, desde que não se trate de imóvel residencial habitado pelo

proprietário¹¹². Todavia, é hesitante nesse argumento, justamente ao afirmar o seguinte:

Indenização prévia significa pagamento do justo preço fixado por sentença mediante perícia regular ou acordado pelas partes, ensejadora da imissão de posse definitiva que acompanha a transferência do domínio (art. 29 do Decreto-lei nº 3.365/41). Esse é o sentido do princípio constitucional da previedade.

Todavia, nos casos de valor venal manifestamente ridículo, é lícito presumir que o mesmo não foi atualizado, devidamente, em relação ao exercício imediatamente anterior o da desapropriação, possibilitando, destarte, a invocação do *caput* do art. 15 para proceder ao arbitramento da quantia a ser depositada para fins de imissão prévia, que não se confunde com o preço da indenização. (HARADA, 2005, p. 106).

É justamente em virtude da garantia da justa e prévia indenização que se construiu na jurisprudência do *Superior Tribunal de Justiça* o entendimento de que é necessário o depósito de quantia apurada em prévia avaliação judicial do bem, mediante laudo a ser elaborado por perito judicial e, não apenas, o valor equivalente a 50% da quantia encontrada na referida perícia. Esse entendimento se consolidou através do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 19.647, de 1994¹¹³. Este *decisum*, contudo, pautou-se apenas para os casos de imóveis residenciais urbanos, para os quais se aplicam o Decreto-Lei nº 1.075/1970, ou seja, quando o bem for habitado pelo proprietário ou promissário comprador¹¹⁴. Nesses casos, é interessante a

¹¹² Neste caso, como veremos, será aplicado um procedimento sumaríssimo de avaliação prévia da posse, nos termos do Decreto-lei nº 1.075/1970.

¹¹³ Nessa decisão, o Relator deixou assim consignado: “Não se trata de simples imissão de posse. Cuida-se de esvaziar a propriedade, retirando-lhe todo o substrato. O argumento de que a imissão provisória atinge a posse, não a propriedade, é improcedente. A Constituição protege a propriedade como um bem vida, uma fonte de utilidades; não um simples título registrado. O preceito constitucional, quando condiciona o pagamento a prévia e justa indenização, tem como escopo tornar possível ao expropriado a reconstituição de seu patrimônio. Ora, quem é expulso de sua casa, tem sua propriedade esvaziada naquilo que ela tem de interessante: o *jus utendi et fruendi*. A se cumprir o preceito constitucional, antes da expulsão, o expropriado deveria receber dinheiro suficiente para adquirir utilidade equivalente àquela que o Estado lhe está tomando. [...] Isso significa: o Estado somente revogará a propriedade, após entregar ao dono, numerário correspondente a seu justo valor econômico. Coerente com estes princípios, o Decreto-lei nº 1.075/1970 não cogita de imissão definitiva. Trata apenas do ingresso provisório. Para se valer dos permissivos contidos naquele diploma, o expropriante haverá de fazer demonstração de que seu ingresso no bem expropriado não é definitivo, mas provisório”.

¹¹⁴ Isso pode ser verificado de diversos julgados, dentre eles, cita-se o seguinte: “O disposto no Decreto-Lei 1.075/1970 - necessidade de avaliação provisória do imóvel antes da imissão na posse - só é aplicável à desapropriação de prédio residencial urbano, habitado pelo proprietário ou

decisão proferida no REsp nº 20.788-9, proferida pelo Ministro Américo Luz, o qual foi utilizado como paradigma de divergência na decisão da Uniformização de Jurisprudência nº 19.647, de 1994:

Para fins de imissão antecipada na posse, não atendem o mandamento constitucional da justa indenização o depósito de 50% do valor apurado na avaliação, ou o do simbólico valor venal. Apenas o *caput* do art. 15 do DL 3365/41 está em vigor, porquanto recepcionado pela Nova Carta, o que não acontece com os demais parágrafos do citado artigo. (BRASIL, 1994).

Contudo, para todos os demais casos de desapropriação aos quais não se aplica o Decreto-lei nº 1.075/1970, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma a validade do §1º, alíneas “c” e “d”, do artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941¹¹⁵.

Nesse contexto, é impressionante que o §1º ao artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941 não tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo na vigência da democrática Constituição da República de 1988, essa Suprema Corte mantém o posicionamento de que é constitucional a imissão prévia na posse através do pagamento do valor cadastral do imóvel, sem a necessidade de avaliação provisória do imóvel. Tal entendimento foi consolidado, através da Súmula nº 652, que

compromissário comprador, conforme prevê o art. 6º da citada norma: ‘O disposto neste Decreto-lei só se aplica à desapropriação de prédio residencial urbano, habitado pelo proprietário ou compromissário comprador, cuja promessa de compra esteja devidamente inscrita no Registro de Imóveis’. [...] Tal hipótese não se vislumbra na espécie, em que o imóvel sub judice é rural” [...] (AgRg no Ag 1349231/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/03/2011, DJe 25/04/2011). Também é o caso do REsp 1202448/SP.

¹¹⁵ Para esses casos, é de citar, por exemplo, trecho da decisão do REsp 1185583/SP: “[...] Diante do que dispõe o art. 15, § 1º, alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, o depósito judicial do valor simplesmente apurado pelo corpo técnico do ente público, sendo inferior ao valor arbitrado por perito judicial e ao valor cadastral do imóvel, não viabiliza a imissão provisória na posse. O valor cadastral do imóvel, vinculado ao imposto territorial rural ou urbano, somente pode ser adotado para satisfazer o requisito do depósito judicial se tiver ‘sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior’ (art. 15, § 1º, alínea ‘c’, do Decreto-Lei n. 3.365/1941). Ausente a efetiva atualização ou a demonstração de que o valor cadastral do imóvel foi atualizado no ano fiscal imediatamente anterior à imissão provisória na posse, ‘o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel’ (art. 15, § 1º, alínea ‘d’, do Decreto-Lei n. 3.365/1941). Revela-se necessário, no caso em debate, para efeito de viabilizar a imissão provisória na posse, que a municipalidade deposite o valor já obtido na perícia judicial provisória, na qual se buscou alcançar o valor mais atual do imóvel objeto da apropriação. Recurso especial improvido.”(REsp 1185583/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro César Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 23 ago. 2012).

dispõe o seguinte: “Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do Dl. 3.365/41 (Lei da Desapropriação por utilidade pública)”. No entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Subsiste, no regime da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXIV), a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal sob a égide das Cartas anteriores, ao assentar que só a perda da propriedade, no final da ação de desapropriação – e não a imissão provisória na posse do imóvel – está compreendida na garantia da justa e prévia indenização¹¹⁶.

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal deixou consignado, no Recurso Extraordinário nº 91.661-PE, o entendimento de que o depósito prévio em sede de imissão provisória na posse “não tem em vista a cobertura do desfalque patrimonial imposto ao particular, mas uma contraprestação capaz de retirar da medida excepcional o caráter de gratuidade”.

Se o requisito constitucional para a desapropriação é o prévio pagamento do justo preço e considerando que a imissão provisória na posse é realizada com *animus* definitivo, suprimindo do expropriado todas as prerrogativas decorrentes da propriedade, é estritamente necessário que o Poder Judiciário garanta ao expropriado imitado na posse todas as condições de fruição de outro bem com as mesmas qualidades do bem expropriado, de imediato. Para tanto, é fundamental que se proceda, sempre que possível, à análise do justo preço anteriormente à prévia imissão na posse, bem como que se permita que o imitado na posse levante todo o valor depositado, ainda que presente o risco eventual de o valor superar o montante a ser definido posteriormente para a justa indenização.

Não parece correto o entendimento do Supremo Tribunal Federal que relacionou a garantia à justa e prévia indenização somente à perda da propriedade ao final da ação de desapropriação. Para ilustrar nosso entendimento, citemos uma hipótese de um proprietário de um bem imóvel, declarado de utilidade pública, mas que não o utiliza diretamente para nenhuma finalidade, dado que existe relação de usufruto, locação etc. Neste caso, não importa, na prática, o momento em que esse proprietário receberá a indenização, seja antes da imissão da posse, ou depois de

¹¹⁶ Recurso Extraordinário nº 195.586-DF.

concretizada a titularidade da propriedade no cartório de registro de imóveis, pois ele não possui a posse imediata do bem e, normalmente, não sofrerá nenhum prejuízo material com a imissão prévia na posse.

É indubitável que a desapropriação será um tormento maior para aquele que usufrui diretamente do bem expropriado, pois terá que buscar outro imóvel substituto para mesma destinação atribuída ao bem expropriado. Por isso, nas hipóteses mais comuns, em que o proprietário também possui a posse do bem expropriado – e o utiliza para sua moradia ou realização de atividade empresarial, por exemplo – esse somente sofrerá os efeitos da desapropriação no momento em que perde o direito de usufruir e gozar do bem que possui. E esse momento é, inevitavelmente, a imissão na posse, seja prévia ou posterior à sentença, e não a mudança do título de propriedade.

Imagine, ainda, aquele que foi contemplado com uma concessão de direito real de uso de um bem, para a realização de uma atividade econômica, durante um período de cinquenta anos. Este teve que realizar investimentos para seu empreendimento empresarial, com a expectativa de uso por todo o período contratual. Em caso de desapropriação, seria justa a indenização de todos os prejuízos ocasionados e investimentos não amortizados senão através do prévio pagamento do justo preço? A imissão na posse nessa situação poderá resultar não somente o gravame ao particular, mas também na inviabilidade de continuidade das atividades empresariais e, conseqüentemente, em desemprego, redução da produção da riqueza, e outros prejuízos coletivos.

Assim, a garantia da prévia e justa indenização visa resguardar o proprietário, não pela formal titularidade do bem, mas em função dos prejuízos ocasionados pela desapropriação em razão da não possibilidade de fruição do bem. Por isso que, como posiciona Seabra Fagundes (1949, p. 48 *et seq.*), a instituição do sistema de indenização única¹¹⁷ parece refletir escolha equivocada do Decreto-lei nº 3.365/1941, pois o objetivo da indenização na desapropriação é resguardar de todos os prejuízos ocasionados, seja ao proprietário, seja para aquele que utiliza o bem sob outros títulos.

¹¹⁷ A análise crítica do sistema da indenização única será apresentada mais adiante, ainda neste capítulo.

É de se notar que o próprio Decreto-lei nº 3.365/1941 evidencia que o pagamento da justa indenização deve se dar anteriormente à imissão na posse. Conforme dispõe o artigo 29, do Decreto-lei nº 3.365/1941, “efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão na posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis”. Como é evidente, a sentença é título hábil para transcrição da propriedade no registro de imóveis, mas pouco importa quando ela será realizada. O que importa é realizar o prévio depósito do justo preço anteriormente à imissão na posse. E esse raciocínio deveria ser aplicado também ao caso de imissão prévia na posse, por determinação constitucional.

Como visto no capítulo anterior, o *Decreto nº 1.021, de 26 de agosto de 1903*, estabeleceu a possibilidade de requerimento de imediata imissão na posse, quando fosse alegada urgência, possibilitando ao expropriado o levantamento do mínimo da indenização cabível no caso (artigo 2º, §3º); podia ser levantado o mínimo. O Decreto-lei nº 3.365/1941, ao mencionar a possibilidade de levantamento de 80% da quantia depositada parece compreender que a imissão prévia na posse seria menos danosa do que a legislação anterior. Uma vez, na prática, definitiva, a imissão “provisória” na posse deve ser precedida, sempre quando possível, do depósito de valor mais próximo do real montante da justa indenização. Por isso, entendemos cogente a prévia intimação do expropriado (ou nomeação de defensor dativo, em caso de não encontrá-lo em tempo hábil) e a realização de avaliação provisória anteriormente a essa medida de urgência, respeitado o contraditório em rito sumário.

Para haver a “cobertura do desfalque patrimonial imposto ao particular”, a contraprestação deve fornecer esses atributos imediatamente ao proprietário. Para isso, é importante que o procedimento cautelar do *caput* do artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941, seja aplicado a todos os casos de imissão prévia da posse, de caráter definitivo; é também imprescindível buscar resguardar a possibilidade de o expropriado levantar todo o valor depositado, exceto quando se tratar de imissão na posse que se assemelhe ao instituto requisição administrativa temporária – visto carecer do caráter de “definitividade”.

Além disso, ocorrendo a possível hipótese em que a avaliação provisória não equivaler ao do justo preço, é necessário que *todos os prejuízos decorrentes disso sejam indenizados para o expropriado*, mediante *depósito judicial posteriormente à definição do valor em sentença ou instância superior*, como condição de aperfeiçoamento da imissão prévia realizada. Se o prévio valor depositado na imissão provisória da posse for inferior ao devido e não der para que o proprietário possa adquirir outro imóvel com as mesmas qualidades, então ele deverá ser indenizado, inclusive, pelo pagamento de aluguéis que pagar para fruição de um imóvel semelhante, por exemplo. Negar isso é institucionalizar a legitimidade do “sacrifício” de eventuais cidadãos em prol do benefício de um grupo de pessoas em que se insere. E isso é incompatível, segundo o raciocínio aqui desenvolvido, com o Princípio Democrático, tal como demonstrado.

Em vista da garantia constitucional do direito de propriedade e da prévia e justa indenização em caso de desapropriação por utilidade pública, bem como de suas consequências práticas, é de se concluir que o entendimento do Supremo Tribunal Federal poderá resguardar uma espécie de confisco de propriedade. É de se pontuar que, incrivelmente, essa garantia à propriedade da justa indenização, legalmente, era mais garantida no Brasil Imperial, quando ainda vigia o princípio da irresponsabilidade do monarca¹¹⁸.

Sabe-se que o Princípio da Segurança Jurídica é a própria razão de ser de um Estado de Direito: conferir estabilidade e previsibilidade às relações jurídicas, de forma a coibir injustiças a direitos adquiridos e a situações consolidadas. É em razão de tal princípio que nossa Constituição da República de 1988 consagrou as garantias fundamentais da irretroatividade da lei, ao afirmar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI). Em outra perspectiva, é de se pontuar que, em respeito ao Princípio da Segurança Jurídica, não se pode deixar ao alvedrio da Administração Pública a livre determinação do valor da justa indenização anteriormente à imissão na posse do bem expropriado – ainda mais

¹¹⁸ Nesse sentido, a Constituição Imperial de 1824 dispunha, em seu artigo 99: “A pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

porque, muitas vezes, sabe do descompasso do valor cadastral do imóvel com relação ao real preço de mercado – sob pena de fazer o Estado de Direito sucumbir.

Esse contexto se agrava, ainda mais, em razão do censurável entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que o justo valor definido em sentença, quando já houve depósito prévio para imissão provisória na posse, deverá ser pago pela sistemática dos precatórios, nos termos do artigo 100, da Constituição da República de 1988.

Tal situação, obviamente, frustra todos os legítimos interesses do expropriado, que confiava no resguardo constitucional ao direito de propriedade, dentre eles, no direito de usar e gozar o bem que possuía diretamente. Nessa linha de entendimento, a realização da imissão provisória na posse, ausente avaliação judicial prévia e citação do expropriado, seguida do depósito judicial com possibilidade de levantamento de todo o valor, bem como da complementação do justo preço definido na sentença mediante depósito à disposição do juízo, é conduta que, obviamente, afrontará o *Princípio da Lealdade e da Boa-Fé*. Conforme bem pontua Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a), durante todo o procedimento administrativo:

[...] a Administração deve agir de forma lhana, sincera, ficando, evidentemente, interditos quaisquer comportamentos astuciosos, arditos, ou que, por vias transversas, concorram para entravar a exibição das razões ou direitos dos administrados. (MELLO, 2006, p. 481)

Em síntese, a Administração Pública deve criar um *clima de confiança e previsibilidade*, em sintonia com o próprio ideal de segurança jurídica mencionado anteriormente. A proteção da lealdade e da boa-fé é um aspecto da *moralidade administrativa* (art. 37, *caput*, da CR88) que pressupõe que certas expectativas legítimas suscitadas no administrado, em razão de determinados comportamentos da Administração Pública, possam dar ensejo a efeitos jurídicos previsíveis. (VALE, 2012, p. 58).

Se, por pressuposto, a Administração Pública deve ser confiável, o cidadão, nesse compasso, tem o direito à estabilidade da situação jurídica com base na qual tenha agido, quando sua atuação zelosa e de boa-fé decorra de confiança no comportamento do órgão público. (VALE, 2012, p. 58). A atuação conforme a

moralidade administrativa, apta a induzir confiança no administrado, demanda reconhecer que a Administração Pública expropriante não pode requerer a imissão provisória na posse, com *animus* definitivo, mediante o depósito judicial de um valor que não corresponde ao justo preço da indenização, ou sem que haja um procedimento prévio e contraditório de definição desse valor, para minorar os possíveis gravames a serem ocasionados.

Por isso, não entendemos correto o posicionamento de Harada (2005, p. 118), para quem o Superior Tribunal de Justiça estaria “privilegiando o aspecto da previdade do pagamento em prejuízo do aspecto do justo preço que, obviamente, só poderia ser encontrado pela observância do *due process of law*”. Tanto a justiça na definição do preço, bem como a previdade em seu pagamento são lados de uma mesma moeda: ambas pretendem resguardar o direito fundamental de propriedade. Se, porventura, considerada a hipótese de prévio depósito judicial de valor que, ao final, se averiguou superior ao correspondente à justa indenização, tal medida, ainda assim, foi necessária, à luz do Princípio Democrático, para preservar o interesse público que demanda a preservação do direito de propriedade do particular. Ademais, haveria a possibilidade de cobrança do valor pago a maior por parte da Fazenda Pública – e o interesse público não será afastado em função disso.

É importante pontuar, que ao realizar um planejamento de obra que demandará a prévia desapropriação, a Administração Pública deve, sempre quando possível, proceder à definição dos gastos a serem realizados, da forma mais fiel à realidade. Ao considerar o valor cadastral dos imóveis para averiguar o valor da obra a ser realizada, a gestão pública se distanciará do *planejamento orçamentário* adequado.

Tanto é assim que a *Lei de Responsabilidade Fiscal* (Lei Complementar nº 101/2000), no seu artigo 46, em seção intitulada “Da Preservação do Patrimônio Público”, apresenta a determinação de que é “nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização”.

Nesse sentido, como bem constatou o magistrado Luis Paulo Aliende Ribeiro, citado por Georges Louis Hage Humbert (2008):

[...] a não realização de avaliação provisória, para averiguação da justa indenização em sede de imissão provisória na posse, resultará em grave dano que se materializa de forma dúplice, uma vez que a falta de prévio pagamento do valor justo “não somente lesa o cidadão proprietário que perde a disponibilidade de seu imóvel sem receber o necessário para a pronta recomposição de seu patrimônio, mas também a própria Administração, que por ter obtido a posse sem o pagamento do valor integral do bem (ou de valor próximo do valor de mercado) passa a ser onerada, nos exercícios (e governos) seguintes, com pagamento de juros, moratórios e compensatórios, calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização ao final fixada, além de encargos relativos a honorários advocatícios também calculados sobre essa diferença.” (RIBEIRO *apud* HUMBERT, 2008).

Portanto, depositar judicialmente o justo valor antecipadamente à imissão na posse, seja a prévia ou a definitiva, além de resguardar o direito fundamental da propriedade e da prévia e justa indenização, revela medida de responsabilidade administrativa. A disciplina legal das desapropriações, bem como o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, refletem um espírito autocrático e pouco democrático, bem como demonstram o planejamento precário da Administração Pública.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977) traz à colação a “*Lei Alemã para a aquisição de terras*”, de 23/02/1956, que dispõe sobre a possibilidade da “apropriação antecipada” em caso da necessidade de imediata desapropriação (§38). Depois de decretada a urgência da desapropriação, a Lei determina a necessidade de *entendimento* com o proprietário (§38, alínea 1). A apropriação antecipada, como uma espécie de imissão prévia na posse em caso de necessidade premente de uso do bem expropriado, demanda a oitiva prévia do expropriado durante a fase administrativa da desapropriação (§38, alínea 2), e somente ocorrerá com o pagamento da indenização à vista ou parcelada (§38, alínea 4). (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 540). Percebe-se a preocupação dessa lei alemã com o direito de propriedade do expropriado, a busca do consenso e a prévia consideração aos seus interesses; ao passo que o Decreto-lei nº 3.365/1941 deixa manifesta sua intenção de “subjugar” o interesse do particular em face do *interesse egoístico do Estado*, não condizente com o espírito democrático de governar, bem como com o interesse público que não destoa da preservação dos direitos e legítimos interesses das minorias.

Aceitar a regulamentação atual acerca da imissão provisória na posse, tal como definida no Decreto-lei nº 3.365/1941 é permitir deliberadamente que a Administração Pública atue em detrimento do cidadão. Essa “incapacidade” institucional – em razão da desconsideração dos legítimos interesses e direitos dos cidadãos atingidos – não é compatível com diretrizes de uma gestão pública moderna e, mais ainda, não condiz com o princípio de que o cidadão, como dono do poder, deve, axiologicamente, se sentir assente com a decisão estatal. Para isso, o dever de solidariedade é, sobretudo, uma consequência lógico-jurídica, porque diretamente decorrente dos mencionados preceitos deontológicos do princípio da democracia, que estrutura todas as funções estatais.

4.4.2 A possibilidade de apreciação judicial da declaração de urgência

Como condição para a imissão prévia na posse, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que a alegação de urgência pode ocorrer a qualquer momento, tanto no decreto de expropriação, como no curso da ação¹¹⁹. Alegada a urgência, o Decreto-lei nº 3.365/1941, em seu artigo 15, §2º, determina que o poder expropriante deva requerer a imissão provisória dentro do prazo de cento e vinte dias. Ultrapassado esse prazo, impedida estará a concessão de imissão provisória na posse, caso em que a alegação de urgência, não poderá ser renovada posteriormente, conforme inteligência do artigo 15, §§2º e 3º, do Decreto-lei nº 3.365/1941).

A alegação de urgência, juntamente com o depósito prévio do valor venal do imóvel, são, portanto, requisitos para que possa ser deferida a imissão prévia da posse. A questão que urge discutir, nesse ponto, é se o Poder Judiciário poderia apreciar a alegação de urgência, de modo a decidir se defere, ou não, a pretendida imissão antecipada da posse.

Seabra Fagundes (1949, p. 215) defende que não é obrigatória a comprovação de urgência pelo poder expropriante, bastando a mera alegação, por se tratar de um elemento de mérito (e não de legalidade) dependente, por sua natureza, do

¹¹⁹ É o que se pode verificar, por exemplo, do Recurso Extraordinário nº 91.784 e dos Recursos Especiais nº 1234606/MG e 79604/AP.

livre critério da Administração Pública. Cretella Júnior (1998) também se posiciona nesse sentido:

[...] em nenhum dos casos pode o Poder Judiciário apreciar a alegação da urgência e negá-la a qualquer pretexto, porque o decreto que a enuncia tem eficácia contínua, até que outro, em sentido oposto, o revogue, cancelando-lhe os efeitos. Caso contrário, subsistem as razões que editaram a alegação de urgência pelo administrador, presumindo-se o mesmo estado de coisas, embora outras causas, independentes da vontade da Administração, tenham adiado a efetivação da imissão provisória. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 299).

Esse também é o posicionamento de José Carlos de Moraes Salles (2000), para quem basta a mera alegação da urgência. Segundo esse autor, “só a Administração poderá sopesar, com segurança, os fatores determinantes da urgência, que possam ocorrer no tocante à execução de determinada obra ou serviço público.” (SALLES, 2000, p. 364).

Em que pese a notória autoridade no tema, o entendimento desses autores não pode prevalecer, pois, insinuam a possibilidade de a Administração Pública atuar de forma arbitrária.

Contra a intangibilidade da declaração de urgência, se posiciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a, p. 837), para quem, se o expropriado puder demonstrar objetivamente que a alegação de urgência é inverídica, o juiz deverá negá-la, “pois, evidentemente, urgência é um requisito legal para a imissão provisória, e não uma palavra mágica, que, pronunciada, altera a natureza das coisas e produz efeito por si mesma”.

É possível – e usual – que inúmeras alegações de urgência sejam utilizadas de forma arbitrária, desprovidas de motivos que as sustentem. Pode ocorrer, talvez, que muitas pretensões de imissão prévia na posse sejam justificadas, em seus bastidores, não porque apresente uma “urgência” que impeça aguardar o regular trâmite processual até a prolação da sentença, mas sim por razões financeiras, pois que o depósito prévio, normalmente, é bem menor do que o valor definido posteriormente na decisão final, o qual será quitado por meio de precatórios judiciais.

Poucos anos depois da vigência do artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365/1941, Eurico Sodré (1945) já rejeitava a permissão legal conferida ao expropriante de

caracterizar a urgência por mera alegação. Segundo esse autor, “a urgência é caráter objetivo da desapropriação e decorre do fim que a dita”, por isso, a urgência “deverá ser expressamente declarada pela autoridade competente, com a exposição de seus motivos, pois, nos melhores cânones administrativos, todos os decretos dessa natureza, devem explicar suas ‘causas determinantes’.” (SODRÉ, 1945, p. 182). Ainda, para esse autor, “na técnica jurídica a alegação não é prova, mas apenas a citação ou apresentação de fato ou circunstância, sujeita a ser contestada e carecente de prova.” (SODRÉ, 1945, p. 183).

Josse (1958, p. 326) relata que o Conselho de Estado francês, já em meados do século passado, exercia, em sede de recurso, o controle sobre a existência da alegada “urgência”, para fins de realização de um procedimento sumaríssimo para a desapropriação, em determinadas questões.¹²⁰

Analisar a urgência não é pretender julgar as razões de conveniência e oportunidade da Administração Pública, mas verificar, com base em critérios objetivos, se a motivação apresentada apresenta-se condizente com o contexto fático-probatório. Defender a impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário com relação à pertinência fática dos motivos que justificaram a urgência é entender que a presunção de veracidade do ato administrativo é absoluta, intangível, o que não condiz com o regime jurídico-administrativo.

Se o motivo apresentado não é real, é indubitável que a conduta administrativa, mesmo que discricionária, deve ser invalidada, pois o motivo é *pressuposto de validade*. Portanto, se a alegação de urgência faticamente não existe, com base na motivação apresentada, o Poder Judiciário pode e deve atuar para impedir a imissão provisória na posse, pois é um dos elementos básicos que autoriza essa medida excepcional.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bem compreendendo os cânones do Direito Administrativo, já proferiu diversas decisões impedindo a pretendida imissão

¹²⁰ Esse autor assim relata: “*Le Conseil d’Etat sur recours pour excès de pouvoir contre le décret autorisant les travaux ou déclarant l’urgence exercer son contrôle sur le point de savoir si les travaux poursuivis sont bien des travaux militaires et s’il y a urgence.*” (JOSSE, 1958, p. 326).

provisória na posse, ao considerar inexistir a alegada urgência¹²¹. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já se posicionou nesse sentido, ao decidir da seguinte forma:

A presunção de urgência para fins de desapropriação e de instituição de servidão administrativa deve ser vista com certo temperamento, não podendo ser considerada como de caráter absoluto. Erigir a mera alegação de urgência à condição de presunção absoluta, notadamente nos casos em que ela não vem motivada no decreto expropriatório ou de instituição, como na espécie, em que somente se autorizou à parte agravada invocar a urgência na instituição da servidão, afigura-se entendimento extremo que retira do cidadão qualquer possibilidade de rever, perante o Poder Judiciário, abuso ou excesso por parte da Administração pública, especialmente em situações em que não há um mínimo de urgência. Antes do deferimento da imissão provisória na posse, impõe-se a realização de avaliação expedita objetivando a obtenção de valor justo, com a substituição da avaliação unilateral do expropriante e a efetivação do depósito do valor apurado, discutindo-se, ao longo do processo, estabelecido o contraditório, a justa indenização em sua integralidade¹²². (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

A Corte gaúcha inclusive se posiciona no sentido de que não há que se falar em presunção de urgência com a alegação, exigindo que ela seja comprovada¹²³. E é esse entendimento que o Poder Judiciário deve aderir: não é possível a imissão prévia da posse, sem a anterior comprovação da urgência pelo poder expropriante.

A possibilidade da análise da urgência, pelo Poder Judiciário, é fundamental para o resguardo do Princípio Democrático. Se, para uma atuação mais concatenada com o ideal de solidariedade, é necessário o resguardo do procedimento que certifique a justa indenização antes da perda da posse, obviamente, é imprescindível que se criem mecanismos para impedir que a imissão prévia na posse

¹²¹ Por exemplo, na Apelação Cível nº 1.0114.12.010700-7/001, esse Egrégio Tribunal assim decidiu: “Em caso de desapropriação ou servidão administrativa, a imissão provisória na posse depende da alegação de urgência. No caso, foi alegado urgência na inicial, mas os fatos que marcam a demanda não confirmam tal situação, primeiro, porque a COPASA pôde aguardar mais de 06 (seis) meses depois da edição do decreto declaratório da utilidade pública para propor a ação de constituição da servidão; e segundo, porque o saneamento básico não é uma necessidade que surge do dia para noite, de forma que, estando o Poder Público em mora na adoção das medidas, não é razoável a pretensão de ingressar em propriedades particulares sem garantir a estes o contraditório.”

¹²² AI: 70056855364 RS, Relator: José Luiz Reis de Azambuja, Data de Julgamento: 13/11/2013, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/11/2013.

¹²³ É o que pauta a decisão do Agravo de Instrumento nº 70055458244: “embora tenha sido declinado o motivo da desapropriação pelas empresas agravantes, tenho que inexistente prejuízo caso seja efetuada a avaliação judicial anteriormente à imissão provisória na posse, porquanto ausente demonstração da urgência no início das obras (implantação de servidão administrativa para passagem da linha de transmissão)”.

se realize amparada em fatos inverídicos. Negar isso, é permitir que o Estado possa agir em total desconsideração de legítimos interesses do particular, que devem ser respeitados pela decisão estatal, sob pena de lesão a preceitos deontológicos do Princípio Democrático.

4.5 A justa indenização no Estado democrático

4.5.1 Generalidades acerca do pagamento da indenização

Antes de adentrar na análise crítica dos aspectos antidemocráticos do pagamento da justa indenização, é conveniente fazer breve menção a algumas particularidades processuais acerca do pagamento da indenização, tal como previsto no Decreto-lei nº 3.365/1941, à luz do entendimento jurisprudencial hoje vigente.

Não havendo concordância sobre o preço, o perito nomeado pelo Juiz, em atuação conjunta com os assistentes técnicos nomeados pelas partes, se houver, deverá apresentar o laudo em até cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento a ser agendada¹²⁴ (artigo 22, do Decreto-lei nº 3.365/1941).

O perito, a partir das atribuições previstas no Código de Processo Civil (artigos 420 e seguintes) e o método adequado de avaliação¹²⁵, emitirá o referido laudo devendo atender os requisitos presentes no artigo 27, do Decreto-lei nº 3.365/1941, quais sejam: (i) estimação dos bens para efeitos fiscais; (ii) ao preço de aquisição; (iii) interesse que deles aufere o proprietário; (iv) situação do bem; (v) estado de conservação, (vi) condições de segurança oferecidas; (vii) ao valor venal dos bens da mesma espécie nos últimos cinco anos e; (viii) valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 348). Além disso, sempre que necessário qualquer elemento para a elaboração do laudo, nos termos do

¹²⁴ Conforme pontua Harada (2005, p. 134), há casos em que o Juiz entende desnecessária essa audiência, determinando o julgamento no estado da lide, em aplicação subsidiária do artigo 330, I, do Código de Processo Civil.

¹²⁵ Sobre método de avaliação, Harada (2005, p. 123 *et seq.*) explicita, com precisão, diversas metodologias normalmente utilizadas, dentre elas, as realizadas em terrenos loteados, o método “*long and short*”, as realizadas em imóveis ao longo de um córrego, ou “ocupado por favelas”, de vagas de garagens, dentre outros. Para análise mais aprofundada dessa questão, remetemos o leitor para esse texto.

artigo 23, §1º do Decreto-lei nº 3.365/1941, o perito deverá requisitar informações e documentos às autoridades públicas, garantindo-lhe o “abono”¹²⁶ de todas as despesas realizadas, que serão contabilizadas como custas.

O artigo 25, do Decreto-lei nº 3.365/1941, determina que a sentença compute separadamente o principal e acessório da indenização. O principal corresponde ao justo valor do bem desapropriado. Os acessórios correspondem aos honorários sucumbenciais, juros compensatórios e moratórios, correção monetária e reembolso de custas e despesas processuais.

No que tange à correção monetária, dispõe o artigo 26, do Decreto-lei nº 3.365/1941, que o valor da indenização deve ser contemporâneo ao da avaliação. Decorrido prazo superior a um ano a contar da avaliação, o Juiz ou Tribunal, e antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado, nos termos do §2º desse dispositivo. O Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula nº 561, pacificou o entendimento de que “é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez”. E a correção deve ser realizada até a data do efetivo pagamento, ainda que por mais de uma vez, independente do decurso de prazo superior a um ano entre o cálculo e o efetivo pagamento da indenização. Isso é o que dispõe o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça¹²⁷ (súmula nº 67). A correção monetária visa nada mais do que corrigir o valor da moeda, desde a avaliação realizada até a data do pagamento da indenização. Uma medida de incontestável necessidade, como meio de observância da garantia da justa e prévia indenização.

Os juros são devidos pela demora no pagamento da justa indenização (MELLO, 2006a, p. 840), podendo incidir, cumulativamente, os juros moratórios e compensatórios, este último devido em razão da perda prematura da posse, em caso de imissão prévia na posse, incidente sobre a diferença entre o valor depositado e o valor fixado em sentença. Os juros moratórios eram previstos no Código Civil de 1916 no

¹²⁶ Para Harada (2005, p. 123), o abono é garantia de independência funcional do perito. Seabra Fagundes (1949, p. 304), por outro lado, se posiciona contrariamente a essa previsão de abono, afirmando que “é extravagante [...] que se sujeite o perito ao desembolso de quantias, cujo pagamento tanto poderá retardar-se”.

¹²⁷ Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AgR no REsp 1.395.872/CE; REsp 1.34.758/CE; AgR no REsp 1.24.57/PR; AgR no REsp 1.30.41/PR.

montante de 6% ao ano (artigo 1.062), contando-se desde o trânsito em julgado da sentença, conforme a súmula nº 70, do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, foi acrescentado o artigo 15-B, pela Medida Provisória nº 1.901-30, de 1999, que após reedições, resultou na Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001, prevendo que os juros moratórios sejam aplicados na alíquota de 6% ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito¹²⁸.

A Medida Provisória nº 1.901-30, de 1999 incluiu o artigo 15-A no Decreto-lei nº 3.365/1941, para prever que, em caso de imissão prévia na posse, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidiriam juros compensatórios de até 6% ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos. Antes da inclusão desse dispositivo, a jurisprudência era pacífica quanto à incidência de juros compensatórios, em caso de imissão prévia na posse, no montante de 12% ao ano, como foi consignado na súmula nº 164¹²⁹ e 618¹³⁰ do Supremo Tribunal Federal, embora ausente regra jurídica sobre o assunto.

Contudo, foi ajuizada *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332-2*. Em sede de liminar, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da expressão “de até seis por cento” e realizou interpretação conforme a Constituição para impor que a base de cálculo desses juros fosse a diferença entre 80% do preço oferecido¹³¹ e o valor

¹²⁸ Esse estabelecimento do *dies a quo* dos juros moratórios é aceito pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Para exemplificar, veja trecho do seguinte aresto: “Nas ações a que se refere o art. 15-A, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição” (REsp 1306397/GO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 27/11/2013). *Celso Antônio Bandeira de Mello* (2006a, p. 840) entende que tal dispositivo é inconstitucional pois ofende ao princípio da justa indenização.

¹²⁹ “No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência”.

¹³⁰ “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano”.

¹³¹ Isso porque, o artigo 33, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941 somente permite o levantamento de 80% (oitenta por cento), do valor depositado em caso de imissão prévia na posse ou do valor fixado em sentença, caso discorde da quantia: “O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto neste e no art. 15, observado o processo estabelecido no art. 34”.

fixado em sentença. Assim, sedimentou-se o entendimento de que “nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11/06/1997 devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal”¹³².

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332-2 também suspendeu a eficácia dos §§ 1º, 2º e 4º, igualmente incluídos pela Medida Provisória nº 1.901-30, de 1999, que assim dispunham:

§1º Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.

§2º Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir grau de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero.

[...]

§4º Nas ações referidas no §3º, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação. (BRASIL, 1999).

Os honorários advocatícios serão fixados entre meio (0,5%) e cinco (5%) por cento do valor da diferença entre o valor da indenização fixada na sentença e o valor oferecido, conforme disposto no artigo 27, §1º, do Decreto-lei nº 3.365/1941. A mencionada Medida Provisória nº 1.901-30, de 1999, por meio da redação dada ao §1º, do artigo 27, do Decreto-lei nº 3.365, havia limitado o valor de honorários no montante de R\$151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais). Contudo, a decisão na mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332-2 afastou o limite máximo para a fixação dos honorários advocatícios.

O parágrafo único, do artigo 25, do Decreto-lei nº 3.365/1941, dispõe que “o juiz poderá arbitrar quantia módica para desmonte e transporte de maquinismos instalados e em funcionamento”. Como pontua Harada (2005, p. 134), essa quantia não tem o condão de prejudicar a definição do exato valor da justa indenização – a incluir

¹³² Esse é um trecho da decisão do AgRg no REsp 1442358/CE. Neste acórdão e em inúmeros outros também pacificou o entendimento de que “a base de cálculo dos juros moratórios é a mesma dos juros compensatórios, qual seja, a diferença entre os 80% do valor da oferta inicial e o que foi fixado em sentença para a indenização, ou seja, os valores que ficaram indisponíveis ao expropriado, que somente serão recebidos após o trânsito em julgado”. Tal questão foi objeto de uniformização de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sob o regime do art. 543-C do CPC, realizado através do REsp. nº 1.111.829/SP, DJe de 25/05/2009.

todos os prejuízos efetivamente ocasionados pela desmobilização – e deve ser oferecida na ocasião da imissão provisória da posse, já que essa regra faz menção em “quantia módica”. De fato, para resguardar a justa indenização, garantia prevista no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição da República de 1988, é necessário indenizar previamente todas as despesas incorridas pelo expropriado, dentre elas, as exatas despesas com desmonte e transporte de maquinismos instalados e em funcionamento (MELLO, 2006, p. 842).

Em que pesem as inúmeras peculiaridades inerentes à definição e pagamento da indenização, que instigam diversas discussões acadêmicas e jurisprudenciais, interessa-nos ponderar sobre a inexistência de dispositivos no Decreto-lei nº 3.365/1941 capazes de mitigar o caráter antidemocrático quanto à especificação do que vem a ser “justa indenização”, tal como garantido na Constituição da República de 1988.

É usual que a Administração Pública ignore o princípio da solidariedade, intrínseco aos preceitos jurídicos do Princípio Democrático, na interpretação do que se entende como “justa” uma indenização em função da desapropriação. Para ser justa, não se pode ter como premissa a ideia de que o interesse majoritário poderá “aniquilar” os interesses privados, que igualmente merecem a proteção do Estado.

Por isso, para se definir a “justa” indenização, conforme preceitos democráticos, é necessário que todos os ônus gerados ao expropriado (como também ao possuidor desalojado) sejam compartilhados com a coletividade, atendendo-se assim, o princípio da solidariedade. Em outras palavras, a justa indenização possui relação direta com o preceito da equânime repartição dos ônus gerados pela desapropriação, consequência não só do Princípio da Igualdade, mas também do dever democrático de se levar em consideração o interesse do outro para a legitimidade de uma decisão.

Nesse contexto, há três ordens de problemas que merecem ser analisadas sob a perspectiva acima: (i) a justa indenização referida na Constituição deve abranger somente o valor de mercado do bem expropriado ou todos os ônus ocasionados ao proprietário? (ii) Como que fica a situação daqueles que foram prejudicados pela desapropriação, mas que não são proprietários ou promissários compradores? (iii) É

válido considerar que o pagamento da indenização, quando já houve imissão prévia na posse, seja feito por meio da sistemática de precatórios?

4.5.2 Delimitação do valor da justa indenização

Como visto, na legislação imperial, o valor da indenização era definido por meio de árbitros, obedecidos critérios específicos¹³³. No artigo 13, do Decreto nº 1.644/1855, determinava-se que nenhuma indenização deveria ser menor do que o valor de vinte anos do rendimento da edificação, nem maior do que esse valor acrescido de 10% da mesma quantia. Em seguida, a limitação passou a incidir sobre um montante relacionado ao “valor locativo”¹³⁴. Não tardou para que a jurisprudência¹³⁵, atendendo aos reclames da doutrina¹³⁶, passasse a entender que a garantia constitucional da justa e prévia indenização não comportava limitação dos valores da indenização, que deveriam ser averiguados efetivamente no caso concreto.

Transportando a questão para os dias de hoje, seria de perguntar qual a correta abrangência para o valor da justa indenização, a fim que a desapropriação não transpareça uma atuação estatal autocrática e apática aos interesses individuais? Seria suficiente pagar somente o valor de mercado do bem expropriado? Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a, p. 840) afirma que “indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e *o exime de qualquer detrimento*”. Ou seja, a indenização justa deve preservar o *status quo ante* do expropriado, permitindo que, com a

¹³³ É o que dispõe, por exemplo, o artigo 26, do Decreto nº 353, de 1845.

¹³⁴ É o que menciona o artigo 31, §5º, do Decreto nº 4.956, de 1903 e no revogado parágrafo único, do artigo 27, do Decreto-lei nº 3.365/1941.

¹³⁵ Nesse sentido, é o que se aduz dos seguintes acórdãos do Supremo Tribunal Federal: RE 17124, RE 17.903, dentre outros.

¹³⁶ Era como se posicionada Seabra Fagundes (1949, p. 374 *et seq.*), com posicionamento contemporâneo ao Decreto-lei nº 3.365/1941: “Considerando o teor do texto constitucional, o parágrafo único será inaplicável sempre que da sua aplicação resulte injustiça pela disparidade entre o valor máximo nêle previsto e o valor que realmente tiver o imóvel. Esse critério, ao nosso ver sem base sólida quando em vigor a Carta de 1937, onde se se garantia à propriedade expropriada apenas indenização prévia, encontra hoje fundamento irretorquível no texto constitucional [de 1946] que assegura ao proprietário prévia e justa indenização. O critério *justiça* assim consagrado na Lei Suprema, obriga em termos, isto é, circunscreve a estritos limites a ação do legislador ordinário, e, simultaneamente, protege o indivíduo contra as normas que impliquem indenização abaixo do valor real da coisa”.

indenização, ele possa auferir dos mesmos benefícios proporcionados pelo antigo bem, com o novo bem a ser adquirido¹³⁷.

Como ponto de partida, para estabelecer a justa indenização, é necessário que o desapropriado tenha condições de, com a indenização oferecida, adquirir outro bem de mesmo valor e que lhe ofereça as *mesmas condições de fruição*, incluindo os potenciais econômicos do bem desapropriado. Se o valor de mercado não for suficiente para adquirir outro bem que permita os mesmos benefícios econômicos do bem expropriado, os prejuízos disso ocasionados devem ser ressarcidos pelo poder expropriante. Tal raciocínio é reforçado pelo fato de que, se ocorresse o oposto, ou seja, se o expropriado obtivesse um enriquecimento sem causa em razão da desapropriação – mediante a notável valorização de seu terreno, por exemplo – deveria haver uma reparação ao poder público, através da compensação dos benefícios no cálculo da justa indenização, ou mesmo pela contribuição de melhoria¹³⁸.

¹³⁷ Isso foi o que já entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.084.675, de cujo Acórdão se extrai o seguinte: “Impende asseverar, outrossim, que o pagamento da justa indenização visa o restabelecimento do equilíbrio entre a situação econômica anterior e posterior do expropriado, em função do despojamento compulsório de sua propriedade, compensando-o monetariamente pela perda patrimonial do bem desapropriado. Ou seja, indenizar representa o retorno do patrimônio *status quo ante*, restabelecendo-se, mediante o pagamento de soma em dinheiro ou títulos públicos, os danos e prejuízos sofridos pelo particular expropriado ante a perda da propriedade”. Nesse mesmo sentido, é interessante o posicionamento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977, p. 296), segundo o qual os motivos que induzem à uma indenização podem ser bem variados, dependendo do caso analisado. Porém: “[...] o fundamento real e jurídico é um somente: de o valor da indenização [oferecida] não corresponder precisamente ao valor da propriedade, no todo ou em parte expropriada. Às bases técnicas para a fixação indenizatória exigem a consideração de dois elementos: o jurídico e o econômico. O que a lei diz e o que a coisa vale na realidade. Tudo se resume no chamado equivalente econômico, equivalente que estabeleça o nível entre a situação econômica anterior e posterior do expropriado”. (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 296).

¹³⁸ Nesse sentido, é conveniente tecer as considerações de Cretella Júnior (1998, p. 40 *et seq.*) sobre esse assunto: “*Indenização* é a soma que deve ser paga pelo poder público ao particular como compensação ao bem expropriado e que representa o ressarcimento do dano sofrido pelo expropriado em consequência da perda do bem que possuía [...]. O conceito de *indenização* contém, em si, o de *reparação do dano*, que significa *diminuição no patrimônio*, isto é, *dano* é a *perda de uma parte material do patrimônio* ou *perda de expectativa* juridicamente firmada. Se o proprietário expropriado por utilidade pública experimenta um prejuízo, tem razão de ser ressarcido e, pois, tem direito a que seu patrimônio seja colocado nas mesmas condições em que se achava antes da desapropriação [...]. ‘*Dano* é a *diminuição do patrimônio*. Com a *reparação*, o que se pretende é eliminar essa diminuição, restabelecendo, na medida do possível, o patrimônio lesado, de forma a que o sujeito ativo dessa reparação não fique nem mais pobre nem mais rico do que estaria se não interviesse o fato danoso, Daí o instituto da *compensação de benefícios*, ao lado do de *reparação do dano*, para estabelecer um limite em que, preenchido o déficit produzido no patrimônio, as aquisições do lesado passem a constituir locupletamento à custa do indenizador [...]”.

Com base nisso, o valor de mercado do imóvel, ou seja, aquele que seria estabelecido em um contrato de compra e venda celebrado voluntariamente¹³⁹, em muitos casos, não representa o valor da justa indenização, conforme já vem entendendo a jurisprudência¹⁴⁰.

A doutrina reconhece que os critérios definidos no artigo 27, do Decreto-lei nº 3.365/1941, não limitam a atuação do magistrado no momento de se fixar a justa indenização para fins de desapropriação por utilidade pública¹⁴¹. Com efeito, “outros poderão ser sopesados pelo magistrado no desenvolvimento lógico do raciocínio de que resultará a fixação do *quantum* indenizatório.”¹⁴² (SALLES, 2000, p. 528). Por isso, na consideração do que é justo, o Juiz deverá sopesar os benefícios que o desapropriado auferir com o bem e que prejuízos lhe serão imputados diante da desapropriação, que inclui também todos os proveitos que lhe foram suprimidos.

¹³⁹ Em processos relacionados desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, o entendimento dominante é de que se deve pagar o preço de venda do terreno, em razão do artigo 12, da Lei 8.629/1993, conforme se verifica da seguinte decisão do Tribunal Regional Federal – 1ª Região: “2. O valor médio da terra nua fixado pelo Juízo *a quo* atende à exigência constitucional da justa indenização, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil e na Lei 8.629/93, art. 12. 3. O valor da terra nua que corresponde à justa indenização não é o do imóvel. Deve-se atribuir ao patrimônio quantia equivalente ao preço que o bem alcançaria se tivesse sido objeto de contrato normal de compra e venda que não alcança os valores máximos como aqueles considerados nos laudos do vistor oficial e do assistente técnico da expropriada.” (AC 0006166-55.1997.4.01.3600 / MT, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ 22 abr.2004). Contudo, discordamos desse entendimento, pois não se pode excluir a responsabilidade do Estado em reparar todos os danos ocasionados por atos lícitos, dentre eles, o da desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, conforme argumentaremos ainda neste item.

¹⁴⁰ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “A indenização devida ao expropriado deve abranger não só o valor de mercado e as benfeitorias do bem, mas também os melhoramentos do solo, além de todo e qualquer prejuízo advindo da desapropriação. Para fins da justa e prévia indenização devida ao expropriado, considera-se o montante indenizatório apurado em laudo pericial elaborado de acordo com a legislação vigente, mediante vistoria dos imóveis, análise de suas localizações, área do terreno, anexos fotográficos, além de outros critérios científicos.” (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.11.055815-2/002, Relator(a): Des.(a) Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, Diário do Judiciário Estadual 05 ago. 2014).

¹⁴¹ Cabe mencionar que a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) estabelece normatizações sobre laudos de avaliação em desapropriações, como, por exemplo, a NBR 14653-2:2011, que fixa critérios e procedimentos técnicos para a avaliação de imóveis urbanos que vão ser desapropriados.

¹⁴² Cretella Júnior (1998, p. 384) afirma que “a sentença que fixar a indenização, produto que é do livre convencimento do juiz (‘o juiz apreciará livremente a prova’, art. 131 do CPC) na consecução de um *quantum justum*”. Da mesma forma, Seabra Fagundes (1949, p. 370), para quem o juiz “considerará indispensavelmente esses que a lei lhe indica [artigo 27, caput, do Decreto-lei nº 3.365/1941], e, facultativamente, outros que se lhe afigurem merecedores de ponderação”.

Aliás, isso é o que também se pode entender do critério “*interesse que deles aufere o proprietário*” a que alude o artigo 27, do Decreto-lei nº 3.365/1941¹⁴³, no qual se inclui o proveito econômico gerado pelo bem¹⁴⁴. Por isso, não há maiores dificuldades quanto à inclusão do valor do fundo de comércio na definição da justa indenização, de forma a evitar qualquer desgaste patrimonial ao desapropriado que exerce alguma atividade econômica que havia demandado investimento de capital para seu funcionamento no local expropriado. (MELLO, 2006a, p. 843). Além disso, incluem-se no valor da indenização as verbas a serem aplicadas para a “readaptação da atividade industrial e comercial, ou seja, as despesas de reemprego de capital, desde que inequivocadamente comprovadas no âmbito da ação expropriatória.” (SALLES, 2000, p. 536).

Por outro lado, afirmar que todos os interesses econômicos prejudicados pela desapropriação devem ser ressarcidos não significa defender, *a priori*, o direito ao recebimento de quaisquer lucros gerados pelo bem expropriado – por exemplo, no caso em que um proprietário aufere lucros com aluguéis de determinado valor em um imóvel territorial urbano a ser desapropriado. A indenização a ser auferida deve ser suficiente para que o expropriado adquira outro imóvel de mesmo valor. Todavia, se, com base no preço de mercado do bem, o expropriado não consiga outro bem que lhe proporcione os mesmos benefícios econômicos – tal como a lucratividade do aluguel de um imóvel em determinada localização – então, é de se entender que os lucros cessantes e demais prejuízos decorrentes disso serão também devidos. Nesse caso, estar-se-á respeitando o *status quo ante* do expropriado e, portanto, a garantia da justa indenização.

Da mesma forma, esse direito indenizatório ocorrerá quando, em função da expropriação, houver a rescisão de um contrato, ou não assinatura de um ajuste certo, cujo fator determinante fosse a localização do bem expropriado. Isso ocorreria, por

¹⁴³ Seabra Fagundes (1949, 341) chega a afirmar que esse critério é o que “mais profunda repercussão deve ter no estabelecimento do preço”.

¹⁴⁴ José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 534) apresenta a seguinte ponderação, interessante para ilustrar esse argumento: “Suponha-se, p. ex., a situação de expropriado que explore, no imóvel objeto da desapropriação, atividade comercial. Nesse caso, atingido seu patrimônio pela expropriação, o desfalque correspondente não será apenas o do bem desapropriado, mas também o relativo aos prejuízos que afetarem aquela atividade, como os que incidem sobre o fundo de comércio”.

exemplo, no caso de contrato de fornecimento de combustíveis celebrado em razão da localização do posto, que foi rescindido em função da expropriação.

A questão dos lucros cessantes em desapropriação gera divergência entre a doutrina e a jurisprudência. Seabra Fagundes¹⁴⁵ (1949), José Carlos de Moraes Salles¹⁴⁶ (2000), Manoel de Oliveira Franco Sobrinho¹⁴⁷ (1977), Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁸ (2006), dentre inúmeros outros, se posicionam no sentido de que é devido o recebimento de lucros cessantes – como lucro certo, averiguável – na justa indenização.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diverge intestinamente, especialmente quando se analisa a possibilidade de sua *cumulação dos lucros cessantes com os juros compensatórios*. Para ilustrar isso, citemos o julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1190684, publicado em 02 de agosto de 2012, no qual se analisou a possibilidade de cumulação de juros compensatórios com os lucros cessantes em razão da desapropriação de um terreno no qual, comprovadamente, estava para se instalar um *shopping center* pelo desapropriado. O Ministro Relator Benedito Gonçalves entendeu que lucros cessantes são parcelas independentes e não estão compreendidas nos juros compensatórios¹⁴⁹, entendimento

¹⁴⁵ “Dúvida inexistente de que, na desapropriação, devendo a indenização ser justa, jamais poderia deixar de abranger os lucros cessantes.” (FAGUNDES, 1949, p. 344).

¹⁴⁶ “Com efeito, a indenização a que faz jus o expropriado, para ser justa, deve recompor seu patrimônio com quantia que corresponda exatamente ao desfalque produzido pela desapropriação. Destarte, a simples indenização do bem expropriado, desacompanhada das perdas e danos sofridos pelo proprietário (incluindo nestes os danos emergentes e os lucros cessantes), tornaria insuficiente o ressarcimento, representando tal fato visível descumprimento da norma constitucional que determina seja justa a indenização.” (SALLES, 2000, p. 540).

¹⁴⁷ “Considerando os lucros cessantes [...] como lucro certo e que deixaram de vir, há como parcela, necessariamente, de ser computado no preço, eis que não será justa a indenização que permita desfalque real na economia do expropriado.” (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 218).

¹⁴⁸ “[...] devem ser incluídas no cálculo da indenização as seguintes parcelas: 1. O valor do bem expropriado, com todas as benfeitorias [...]; 2. Os lucros cessantes e danos emergentes; 3. Os juros compensatórios, em caso de ter havido imissão provisória na posse [...]” (DI PIETRO, 2006, p. 184).

¹⁴⁹ Nesse sentido, em seu voto, o Ministro Relator Benedito Gonçalves argumenta: “[...] os lucros cessantes não estão compreendidos nos juros compensatórios, máxime porquanto tais juros não visam recompor prejuízo financeiro decorrente de, v. g., a desapropriação que implica no fechamento de determinado comércio o qual funcionava no imóvel expropriado. Nessa hipótese, a frustração do comércio reclama lucros cessantes. Tanto é assim, que ‘[e]sta Corte firmou o entendimento de que os juros compensatórios são devidos independentemente de se tratar de imóvel improdutivo, pela perda da posse antes da justa indenização’ (AgRg no Ag 1.360.253/SE, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/3/2011). Ora, se os lucros cessantes estivessem inseridos nos juros compensatórios, seria defeso o cômputo de tais juros em indenização paga por expropriação de imóvel improdutivo, pois, se o imóvel nada produz, por certo ele não dá lucro ao seu proprietário.

acompanhado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho¹⁵⁰. Por outro lado, o Ministro Teori Albino Zavascki inaugurou a divergência, a que aderiu os ministros Humberto Martins e Mauro Campbell Marques, com base em entendimento firmado no julgamento do Recurso Especial nº 39.842/SP¹⁵¹, afirmando, basicamente, que a função dos juros compensatórios é o ressarcimento pelo impedimento do uso e gozo econômico do imóvel.

Haja vista que a tese sufragada no Superior Tribunal de Justiça, ora em comento, se aplica somente no caso de incidência dos juros compensatórios, é de se reconhecer que quando não houver a imissão prévia na posse – hipótese que ensejaria a incidência dos juros compensatórios, nos termos do artigo 15-A, do Decreto-lei nº 3.365/1941 – não haveria que se falar em afastamento da indenização a título de lucros cessantes.

Por outro lado, havendo a incidência dos juros compensatórios – quando deferida a imissão provisória na posse – estar-se-ia fixando previamente, o valor da indenização devida a esse título, sem atentar para as particularidades do caso concreto. Por isso que não concordamos com o entendimento segundo o qual os lucros cessantes são inacumuláveis com juros compensatórios. Há muito, como visto, foi repugnada a ideia de prefixação de valores de indenização na desapropriação, por afrontar a garantia constitucional da justa indenização¹⁵². Obviamente, quando se trata de “reparação”, princípio básico indiscutível é que a “indenização mede-se pela extensão

Quanto muito, cogita-se a venda do bem, mas a venda não gera é lucro; ao revés, resulta simples ganho pela transação

comercial, ou seja, ganha-se soma em dinheiro sacrificando-se o imóvel.”

¹⁵⁰ Em seu voto, assim consignou: “Senhor Presidente, essa situação, como muitas outras, comporta a observação de singularidade, Senhor Ministro Herman Benjamin. Por exemplo, afirmar-se a não cumulabilidade como tese, até que acompanho, mas há situações concretas ou singulares em que, por exemplo, no imóvel desapropriando já se iniciou, ou já se iniciaram estudos, iniciativas e providências para edificar, por exemplo, um prédio de apartamentos ou um *shopping center*. Mesmo nesse caso não vai haver indenização para o que já foi realizado ou indenização também para o legitimamente esperado lucro do empreendedor?”

¹⁵¹ “Os juros compensatórios destinam-se a ressarcir, no caso, pelo impedimento do uso e gozo econômico do imóvel, constituindo solução pretoriana para cobrir os lucros cessantes, como parcela indissociável da indenização, ressarcindo o impedimento de usufruição dos frutos derivados do bem. integrando, pois, a indenização reparando o que o proprietário deixou de lucrar (REsp 39.842/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 30 mai. 1994, p. 13455)”

¹⁵² O próprio o Superior Tribunal de Justiça entende isso, conforme se verifica do julgamento do REsp nº 1.084.675.

do dano”¹⁵³. Nesse contexto, é um grande contrassenso dizer “reparação”, como *iter* ao *status quo ante*¹⁵⁴ do lesado, se não for realizada na exata extensão do dano. Por isso, o dano – como os lucros cessantes, ora em comento – deve ser “medido” conforme o caso concreto e não pode, por isso, ser prefixado pela lei.

Entender que os juros compensatórios seriam, por isso, medida apta a ressarcir todos os prejuízos ocasionados em razão da imissão prévia na posse do bem, é o mesmo que dizer que todo prejuízo “averiguável” seria semelhante ao montante a 1% ao mês (12% ao ano), o que somente ocorreria por extraordinária coincidência. Os lucros cessantes são um dano mediato ou futuro no patrimônio do lesado ao passo que os juros compensatórios são um *plus* previsto em lei como compensação pela prévia imissão na posse.

Além disso, tendo em vista a possibilidade de os lucros cessantes superarem o montante dos juros compensatórios, esse entendimento jurisprudencial adentraria em preocupante paradoxo: em vez de beneficiar o expropriado cujo bem foi imitado na posse precocemente, acabaria por prejudicá-lo ainda mais, quando comparada à situação de outro expropriado, cujo bem foi desapropriado somente após a definição da justa indenização na sentença, que teria direito à quantia mais elevada, em função da consideração dos lucros cessantes. E isso não é prezar por uma justa indenização em um critério razoavelmente aceito, especialmente sob a determinação do ideal de solidariedade que deve pautar o Estado democrático.

A inclusão de todos os danos gerados – dentre eles, os lucros cessantes – no conceito de justa indenização é decorrência lógica da “equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos”, obrigação decorrente do princípio da igualdade, pedra angular do Estado de Direito (MELLO, 2006a, p. 961), e preceito

¹⁵³ Isso é o que dispõe o artigo 944, do Código Civil de 2002.

¹⁵⁴ Em tema de reparação civil, é oportuno citar o ensinamento do consagrado civilista Caio Mário da Silva Pereira (2000, p. 213): “Uma vez verificados os pressupostos essenciais da determinação do dever de reparação, arma-se uma equação, em que se põe o montante da indenização como correlato do bem lesado. O que predomina nesta matéria é que a indenização do *id quod interest* não pode ser fonte de enriquecimento, não se institui com o objetivo de proporcionar ao credor uma vantagem – de *lucro capiendo* –, porém, se subordina ontologicamente ao fundamento de restabelecer o equilíbrio rompido pela prática do ato culposo, e destina-se a evitar o prejuízo, de *damno vitando*. Numa palavra, a indenização há de compreender a totalidade do dano, porém, limitar-se a ele, exclusivamente”.

fundamental de um Estado solidário¹⁵⁵, tipicamente democrático. A justa indenização deve evitar que o expropriado tenha que suportar “prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos.” (MELLO, 2006a, p. 961). Nestes termos, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006a) afirma:

[...] o Estado pode, eventualmente, vir a lesar bem juridicamente protegido para satisfazer a um interesse público, mediante conduta *comissiva legítima* e que sequer é perigosa. É evidente que em tal caso não haveria cogitar de culpa, dolo, culpa do serviço ou qualquer traço relacionado com a figura da responsabilidade subjetiva (que supõe sempre ilicitude). Contudo, a toda evidência, o princípio da isonomia estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade. Quem auferir os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a Sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos. (MELLO, 2006a, p. 965).

A desapropriação visa à consecução de um interesse público consubstanciado nas hipóteses de utilidade pública ou interesse social. Por isso, não incluir na justa indenização todos os ônus gerados pela intervenção do Estado em prol do interesse público é destinar algumas pessoas ao “sacrifício” patrimonial em nome de toda a sociedade, premissa que não condiz com a isonomia (típico de um Estado de Direito) e a solidariedade (típico de um Estado Democrático).

Então, a desapropriação, como procedimento legítimo do Estado, não pode ser confundida com uma simples alienação, na qual o consentimento do alienante é suprimido coercitivamente pelo Estado. A desapropriação é legítima justamente porque garante, através da justa indenização, a reparabilidade da perda do bem pelo seu equivalente preço de mercado e por todos os demais prejuízos ocasionados pela intervenção, dentre eles os danos emergentes, lucros cessantes e até mesmo os danos extrapatrimoniais, ou morais.

Os danos morais, mencionados por Salles (2000, p. 540) como “valor de afeição”, em nosso entendimento, devem ser também considerados pelo poder expropriante no valor da justa indenização. Há casos em que o expropriado possui relação afetiva com o bem desapropriado. Nesses casos, não se trata de propriedade equivalente a outras de igual aproveitamento econômico, mas de bem que remonta a

¹⁵⁵ Artigo 3º, I, da Constituição da República de 1988.

período pretérito, em que repousam histórias e momentos. Nesse contexto, é muito frequente que desapropriações encontrem resistência¹⁵⁶ por alguns expropriados, não em função do valor da indenização, mas, principalmente, em razão do valor sentimental atribuído ao bem, que é desconhecido ou ignorado pelo Estado.

Nesse sentido, existem diversas ações judiciais movidas com o objetivo de reparação de danos morais ocasionados pela desapropriação¹⁵⁷. Marcelo Harger (2011), defendendo a necessidade de se incluírem os danos morais na justa indenização da desapropriação, argumenta:

É odioso porque afeta a liberdade, obrigando o cidadão a desfazer-se de um bem contra a própria vontade. É odioso porque afronta a igualdade fazendo com que o expropriado suporte sozinho um ônus que beneficiará os demais. É odioso porque afeta a segurança, servido como instrumento que pode até mesmo obrigar o cidadão a abandonar o seu próprio lar. É até mesmo seguro dizer que apesar de ser um ato lícito, causa maiores incômodos aos expropriados do que a maior parte dos atos ilícitos existentes. Poucas situações causam maior trauma do que forçar o cidadão a abandonar o lar contra a própria vontade. Há aí uma lesividade extremada, que não deixa de existir pelo fato de tratar-se de um instituto jurídico lícito.

Apesar de odioso é forçoso reconhecer que se trata de um instrumento necessário, sem o qual o Estado deixaria de cumprir muitos de seus fins. Reconhece-se que serve para delimitar o direito de propriedade, que é um direito garantido por duas vezes no Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos fundamentais. Trata-se de uma exceção "constitucional", que permite a realização de um ato que normalmente seria considerado ilícito, mas que somente pode ser praticado mediante a obediência de condições estritas. Essas condições são a ocorrência de indenização em dinheiro prévia e justa. É impossível dizer que tenha ocorrido uma

¹⁵⁶ Em muitos casos, somente o uso da força policial viabiliza a concretização das imissões na posse. Para essas pessoas imitidas, muitas vezes, a resistência é tão legítima que há casos em que expropriados preferem a morte a serem desapropriados. Não é tarefa difícil obter testemunhos desses fatos. Em carta coletiva enviada ao governo federal, líderes indígenas anunciaram o suicídio coletivo de 170 (cento e setenta) homens, mulheres e crianças caso a Justiça Federal determinasse a retirada do grupo da Fazenda Cambará. (PATURY, 2012). Além disso, é interessante uma reportagem do jornal Folha de São Paulo, que relata que uma cidadã chinesa, protestando contra uma desapropriação, ateou fogo em seu próprio corpo durante a demolição. (JOHNSON, 2013). Além disso, é de se mencionar incontáveis relatos de depressões ocasionados pela intervenção do Estado. Veja, por exemplo, trecho da seguinte reportagem jornalística: “O muro que separa a casa das vizinhas Laura e Elvira é o mesmo que as une. Laura, de 70 anos, sobe num banquinho para compartilhar com os amigos suas angústias, quase depressão, diante da desapropriação da casa que construiu há 40 anos com o marido, falecido há menos de um ano. ‘Me diz uma coisa: desapropriar mil e tantas casas para fazer um parque...? Não cabe na minha cabeça. A “sorte” é que tomo antidepressivo e calmante’, afirmou a idosa.” (SUZANAVIER, 2012).

¹⁵⁷ Para ilustrar, é de se mencionar os processos relativos aos REsp 1434100/RJ, AgRg no REsp 1375117/RS, AgRg no AREsp 299180/PR, dentre outros.

indenização justa se os danos extrapatrimoniais não forem considerados. (HARGER, 2011).¹⁵⁸

Ademais, é conveniente citar o posicionamento de Sônia Rabello (2009), para quem é necessário deduzir do valor da justa indenização as diferenças decorrentes de valorizações de imóveis em função de índices urbanísticos diferenciados. Segundo essa autora, tal “desconto” se dá em função do *princípio da justa distribuição dos ônus* previsto no artigo 2º, IX, do Estatuto da Cidade¹⁵⁹. Segundo a autora:

Ora, se os estudos econômicos nos demonstram, com clareza irrefutável, que há uma portentosa valorização do imóvel, decorrente da atribuição a ele de um índice urbanístico mais favorável; e se esta distribuição, que até o momento vinha se fazendo como uma liberalidade (não equânime) deste fator urbanístico pelo poder público, parece elementar que o poder público, hoje não só não pode mais deixar de captar esta liberalidade conferida a alguns, como lhe é vedado, quando das desapropriações, pagas por elas. (RABELLO, 2009, p. 219).

A ponderação apresentada pela autora está correta, na medida em que se considera que houve uma vantagem real auferida por um proprietário urbano. Todavia, essa conclusão não pode ser aplicada indistintamente. É fundamental a análise de prejuízos e benefícios gerados, conforme o caso concreto. Veja que a hipótese trabalhada por Sônia Rabello (2009) não abarca a hipótese em que o proprietário desapropriado, quando da aquisição do bem, por ele pagou valor que contabilizava os índices urbanísticos mais favoráveis. Essa premissa, portanto, somente poderia se aplicar, caso a mudança mais vantajosa dos índices urbanísticos tenha ocorrido após a

¹⁵⁸ É de se pontuar que, de fato, reconhecemos a dificuldade em se desvendar a quantia exata para a “afeição”, diante da carência de elementos objetivos para sua avaliação. Decisões judiciais, que condenam no pagamento de indenização por danos morais, quantificam, com base em critérios de equidade, o montante dessa indenização, levando-se em consideração uma compensação razoável pela “dor sofrida” e um valor que seja suficientemente capaz de punir o agente causador do dano. Este viés pedagógico da indenização inexistente quando se busca ressarcir danos morais ocasionados pelas desapropriações – por ser um ato lícito. Mas, a compensação pelo dissabor excessivo ocasionado pela intervenção estatal é passível de se equacionar com base na equidade. Por isso, seria interessante que o poder expropriante, atendo-se a critérios objetivos previamente definidos – como o tempo de ocupação, por exemplo – fixasse valores para indenização sob esse título, os quais poderiam ser aceitos, ou não, pelo expropriado.

¹⁵⁹ “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização”.

aquisição da propriedade, bem como no caso de ser possível averiguar, faticamente, a real valorização decorrente disso.

É de ponderar, ainda, acerca da inexistência de qualquer dispositivo no Decreto-lei nº 3.365/1941 que preveja o direito de inclusão, no justo preço, dos custos de transação, ou seja, os custos necessários para que o expropriado possa adquirir outro bem semelhante, tal como custos sobre impostos incidentes sobre transferência onerosa de propriedade urbana, bem como aos aluguéis despendidos, enquanto não estiver disponível o valor da justa indenização que permita ao expropriado adquirir outro bem de mesmo valor.¹⁶⁰

O expropriado absorve o ônus de procurar outra propriedade. Haverá gastos acessórios com deslocamentos, moradias temporárias, tributos relativos à aquisição imobiliária, dentre inúmeros outros. Ou seja, poderá haver outras despesas arcadas pelo expropriado que deverão ser custeadas pelo Estado para se manter a integralidade da justa indenização. A questão é que, apesar de existirem inúmeras desapropriações em que se chega a um acordo “amigável”, o valor da indenização costuma ser menor do que o efetivamente gasto pelo desapropriado.¹⁶¹

¹⁶⁰ Como pontua Maurício Portugal Ribeiro (2013, p. 10), “não há na legislação federal a previsão de indenização dos custos de transação relativos à aquisição de novo imóvel e de qualquer tipo de apoio na realocação e reassentamento das populações em novas comunidades”.

¹⁶¹ Nesse contexto, interessante observar que, conforme pontua Maurício Portugal Ribeiro (2013, p. 23 et seq.) existem concessões de serviço público, precedidas por obras públicas – Tal como o contrato de implantação e operação da Linha 06, do Metrô de São Paulo – em que se repassa ao concessionário a competência de desapropriar os imóveis, bem como os riscos envolvendo os custos que excedam os inicialmente previstos com as desapropriações devidas. Nesses casos, a atribuição do risco de certa porcentagem dos custos excedentes com a desapropriação é um “incentivo para o concessionário buscar a redução dos custos da desapropriação.” (RIBEIRO, 2013, p. 23), o que certamente irá influir no pagamento da justa indenização. Esse autor assim descreve a lógica da análise de custos, que reflete na busca da economicidade no processo desapropriatório realizado pelos concessionários: “Observe-se que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (que é a forma mais comum de compensar o concessionário pelos custos excedentes à verba de desapropriação), na prática, nunca é realizado por pagamento à vista pela Administração Pública ao concessionário dos valores excedentes à verba estipulada. Em regra, a Administração Pública ou dilui o pagamento na tarifa ao longo dos anos, ou aumenta o prazo do contrato, ou reduz ou adia investimentos previstos no contrato. Essas maneiras de reequilibrar o contrato, apesar de serem aptas a compensarem o concessionário economicamente, de modo a manter a rentabilidade do contrato, no curto prazo significa que o concessionário terá que arcar com um descaixe no seu fluxo de caixa decorrente do custo excedente ao da verba, o que, em fase de investimento inicial de uma concessão, só pode ser sanado por aumento do “*equity*”, isto é da contribuição de capital do acionista – perceba-se que, como desapropriação é em regra item não financiável pelos bancos, o concessionário terá dificuldade de usar o mercado bancário para financiar o custo excedente da desapropriação. A necessidade de obter *equity* para financiar a desapropriação na medida em que seu custo exceder o da verba prevista no contrato é, por si, um grande incentivo para o

Por isso, é de se notar que, ao invés de buscar a inclusão de todos os danos, a Administração Pública busca criar mecanismos de contenção de gastos à míngua da garantia à justa indenização, o que vai de encontro com a conduta solidária que se espera em função do Princípio Democrático.

4.5.3 O sistema da indenização única: a displicência do Decreto-lei nº 3.365/1941 com relação a direitos de terceiros prejudicados

Com o Decreto-lei nº 3.365/1941, foi instituído o *sistema da indenização única*, distanciando do sistema legislativo anterior, que possibilitava múltiplas indenizações para diversos prejudicados.

Conforme dispunha o Decreto nº 4.956/1903, mantendo disposição do Decreto nº 353/1845, os arbitradores fixariam indenizações distintas em favor de cada uma das partes que as reclamarem sobre títulos diferentes (artigo 31). Desse modo, seria indenizado não somente o proprietário despojado do bem, mas também quem o utilizava por usufruto, aluguel e outros títulos, os quais deveriam também participar do procedimento expropriatório. Tanto foi assim que o Decreto nº 353/1845 havia determinado que, após cinco dias depois de citado no processo desapropriatório, os proprietários eram obrigados a declarar em juízo os nomes dos inquilinos, rendeiros, possuidores de benfeitorias, servidões reais que poderiam ser prejudicados pela desapropriação (artigo 12), sob pena de ter que responder pelos prejuízos ocasionados a eles.

concessionário buscar reduzir o custo de desapropriação em qualquer cenário. Geralmente, os trâmites internos em empresas de infraestrutura para aprovação de novo *equity* para lidar com esse tipo de situação são sempre tortuosos, o que é, em si, um desincentivo para os executivos da concessionária pleitearem novo *equity* e um incentivo para executarem as desapropriações com o menor custo possível. Isso porque, mesmo nos casos em que é claro que haverá posteriormente o reequilíbrio econômico do contrato mantendo a rentabilidade do projeto como um todo, a necessidade de usar novo *equity*, causa, por si, um desequilíbrio financeiro nas contas da concessionária. Essas considerações são para dizer que o concessionário tem sempre o incentivo para não exceder a verba de desapropriação prevista no contrato, mesmo que a Administração Pública seja responsável (como, aliás, sempre era no passado) por 100% do custo excedente à verba de desapropriação. A premissa, portanto, de que é necessário transferir para o concessionário 50% do custo excedente à verba de desapropriação para que ele tenha incentivo em buscar reduzir o custo de desapropriação é, na minha opinião, equivocada”. (RIBEIRO, 2013, p. 24 *et seq.*)

O Decreto-lei nº 3.365/1941, contudo, passou a prever que “no valor da indenização [...] não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado” (artigo 26). Da mesma forma, a nova legislação sobre desapropriações determina que ficam sub-rogados no preço “quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado” (artigo 31).

Contudo, a inauguração, pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, de um sistema de indenização única, intensifica a crítica que se faz sobre o caráter antidemocrático do procedimento expropriatório tal como regido por esse diploma normativo.

José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 651), citando Lucifredi, afirma que o sistema de indenização única “consiste em conter numa soma global o valor ‘correspondente a todos e quaisquer direitos que antes da expropriação gravem a coisa, seja a favor do proprietário, seja de outros sujeitos’”. Nesse sistema, “os direitos de terceiros passam a incidir sobre o valor da indenização fixado na sentença para o proprietário, resolvendo-se numa participação sobre o mesmo.” (SALLES, 2000, p. 651).

Seabra Fagundes (1949, p. 48 *et seq.*) expressou sua insatisfação com relação à adoção desse sistema da indenização única pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, inexistente na legislação imperial e em outras legislações comparadas¹⁶². O autor menciona que tratadistas da matéria, já naquela época, tinham repellido o sistema de indenização única, “em vista das dificuldades e injustiças que acarreta quando há diversas pessoas atingidas pela desapropriação, [além do que] não apresenta nenhuma vantagem relevante sobre o das indenizações múltiplas acolhido no direito anterior.” (FAGUNDES, 1949, p. 48). O fato é que o sistema de múltiplas indenizações “atende, com muito mais justiça e comodidade, aos diversos titulares de direitos no caso de desmembramento do domínio e aos interesses, dos terceiros prejudicados pela desapropriação.” (FAGUNDES, 1949, p. 48). E, além disso, o autor critica a ideia de que tal sistema de múltiplas indenizações sobreonera o poder expropriante, pois isso se trata de uma falsa suposição, pois o sistema de indenização única somente poderá

¹⁶² Segundo José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 651), muitos outros países ainda continuam adotando o sistema de indenizações múltiplas.

ensejar em economia se “forem omitidas parcelas devidas correspondentes a certos direitos lateralmente atingidos pelo ato expropriatório.”¹⁶³ (FAGUNDES, 1949, p. 49).

José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 652) reconhece as desvantagens da adoção do sistema de indenização única, como apresentadas por Seabra Fagundes (1949). Porém, por outro lado, afirma que “não é possível olvidar o fato de que o sistema adotado pelo Dec.-lei 3.365/1941 tem a vantagem de favorecer a tramitação mais rápida do procedimento expropriatório, que não se enleará em discussões relativas aos direitos de terceiros”.

Todavia, quando se busca analisar a “justa” indenização em um Estado democrático, que deve homenagear o ideal de solidariedade, não é possível defender o sistema de indenização única quando este não é acompanhado de outras normas que obrigam a Administração Pública a atender aos interesses de terceiros prejudicados pela desapropriação, anteriormente à execução da intervenção estatal.

Por isso, é preocupante, em vista dos preceitos deontológicos do Princípio Democrático – especialmente o ideal de solidariedade, que guarda sintonia com o princípio da “equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos” – que o Decreto-lei nº 3.365/1941 não tenha amparado direitos de terceiros que, dependendo do caso concreto, sofrerão mais com intervenção do Estado do que os proprietários.

De fato, o sistema da indenização única exclui, da análise da justa indenização, vários direitos relacionados ao bem expropriado, dispondo simplesmente

¹⁶³ É conveniente transcrever o argumento desse autor: “O inconveniente que nêle se tem pretendido descobrir é que a multiplicidade das indenizações sobreonera o expropriante. Mas isso não passa duma falsa suposição. Pague a um só, ou a dois, a três, etc., o expropriante não paga senão o valor dos prejuízos patrimoniais a que deu causa com a desapropriação. O valor será sempre o mesmo, apenas repartido pela sentença em partes proporcionais entre diversos interessados e pago nesta proporção a cada um dêles diretamente pelo expropriante.

No sistema da indenização única esse mesmo valor tem de ser pago a um só, o proprietário propriamente dito, o que acarreta prejuízos, muitas vezes irremediáveis, aos demais interessados e importe em flagrante injustiça, pois o titular de uma parcela do direito de propriedade se embolsa, como credor único, pelo menos temporariamente, no valor total da indenização. A indenização única só pode importar em economia se no seu cômputo forem omitidas parcelas correspondentes a certos direitos lateralmente atingidos pelo ato expropriatório. Mas, neste caso, ter-se-á situado o problema sob um ponto de vista constitucionalmente indefensável: pagar menos do que o valor real expropriado. Em outras palavras: isto equivale a expropriar sem indenização porque desapropriando um determinado valor total o expropriante só indeniza em parte, deixando a descoberto de ressarcimento a parcela restante.” (FAGUNDES, 1949, p. 48 *et seq.*).

que esses direitos estariam sub-rogados no valor da indenização paga ao proprietário. Dentre eles, existem direitos de terceiros previstos pela legislação civilista, tais como a enfiteuse¹⁶⁴, servidão predial, locação, usufruto, uso, habitação e garantias reais que poderão ser pleiteados por via própria.

Todavia, a disposição de sub-rogação ao valor da justa indenização (artigo 31, do Decreto-lei nº 3.365/1941), além de representar a displicência do marco legal das desapropriações com relação a direitos de terceiros – os quais deverão se enveredar por vias judiciais para preservar seus direitos – pode gerar diversos problemas práticos.

Por exemplo, no caso de prejuízos ocasionados a *locatários* de bens desapropriados. Sabe-se que a desapropriação é motivo de término do contrato de locação, conforme se deduz do artigo 5º, parágrafo único, da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1991). No entanto, os prejuízos ocasionados ao locatário, obviamente, não podem se sub-rogar no valor da justa indenização paga ao locador, pois esse não deu ensejo ao ato expropriatório e não existe qualquer direito real sobre o bem locado. Contudo, é comum que o locatário realize investimentos no imóvel locado, levando em consideração o prazo assinalado no contrato. Há ainda uma expectativa de ganhos em razão do uso do bem locado, de sua qualidade infungível ou de sua localidade. Como se vê, o interesse do locatário não se adéqua à lógica de sub-rogação na indenização única, a que se refere o artigo 31, do Decreto-lei nº 3.365/1941. Neste ponto, é de se notar que a jurisprudência é pacífica quanto ao direito do locatário em ser ressarcido pelos prejuízos ocasionados pela desapropriação, a ser pleiteado em ação direta¹⁶⁵ em face do poder expropriante.

¹⁶⁴ Cabe mencionar que nas desapropriações motivadas por “interesse social”, para fins de reforma agrária, a Lei Complementar nº 76/1993, que estabelece o procedimento contraditório especial para o processo de desapropriação de imóvel rural, dispôs, posteriormente, que em caso de enfiteuse, será o valor do bem depositado em juízo até que se resolva, em ação própria, os conflitos entre os interessados (artigo 6º, §1º).

¹⁶⁵ Para exemplificar, indica-se trecho dessa decisão do Superior Tribunal de Justiça: “2. O valor a ser pago na desapropriação deve corresponder real e efetivamente ao do bem expropriado, de modo a garantir a justa indenização prevista no art. 5º, XXIV, da CF/88, motivo pelo qual deve ser incluída a quantia correspondente ao fundo de comércio. 3. Distinta é a hipótese em que a indenização pela perda do fundo de comércio é pleiteada por terceiro, locatário do imóvel expropriado, exigindo-se o ajuizamento de ação própria destinada à busca desse direito. 4. A indenização pela perda do fundo de comércio, apesar de devida, deverá ser apurada pela via própria, sujeitando-se o pagamento respectivo ao regime constitucionalmente imposto às dívidas da Fazenda Pública (art. 100 da CF/88), salvo na

A sub-rogação dos direitos de terceiros no valor também gera dificuldades com relação a direitos e garantias reais incidentes sobre o bem expropriado. Por exemplo, ficou incerta a posição do *usufrutuário* na desapropriação. O artigo 1.409, do Código Civil de 2002, determina que “fica sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, a indenização paga, se ele for desapropriado, ou a importância do dano, ressarcido pelo terceiro responsável no caso de danificação ou perda”. Isso significa que o usufruto permanece em caso de desapropriação sobre a indenização. Por isso, há jurisprudência que entende que é possível realizar o pagamento da indenização pela desapropriação diretamente ao usufrutuário¹⁶⁶. E, quando não houver a aplicação do dinheiro na aquisição de outro bem, o usufrutuário terá direito aos frutos gerados, nos termos do artigo 1.394¹⁶⁷, do Código Civil de 2002. Todavia, o pagamento da indenização ao nu-proprietário, ou mesmo, ao usufrutuário, gera uma situação de desconforto e insegurança: enfim, quem decidirá a destinação da indenização? Nesses termos, essa situação seria melhor atendida “se a lei houvesse previsto o emprego da indenização, decorrente da expropriação na aquisição de outro bem, semelhante ao expropriado e do mesmo valor, para o qual seriam transferidos os direitos de usufruto” (SALLES, 2000, p. 673)¹⁶⁸. Situação semelhante ocorre com o usuário (artigos 1.412 e 1.413, do Código Civil de 2002) e o habitador (artigos 1.414 a 1.416, do Código Civil

hipótese em que o ente expropriante não detém tal prerrogativa, inexistindo previsão legal para se determinar o depósito de quantia provisoriamente apurada em laudo pericial e menos ainda para obstar a imissão na posse.” (REsp 1395221/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17 set. 2013).

¹⁶⁶ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “- Se o pagamento relativo ao bem expropriado, efetivado através de precatório em ação de desapropriação movida pelo Município de Belo Horizonte, foi feito corretamente em favor do usufrutuário do imóvel, que tinha o direito de manter sobre a indenização o usufruto que era de sua titularidade, nos termos do artigo 738 do Código Civil de 1916, aplicável à espécie, caso é de improcedência do pedido indenizatório” (Apelação Cível 1.0024.05.877494-4/001, Rel. Des.(a) Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, Diário do Judiciário Estadual, 22 abr.2010)

¹⁶⁷ Código Civil de 2002: “Art. 1.394. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos”.

¹⁶⁸ Sobre isso, esse autor afirma: “*De lege ferenda*, parece-nos que essa será a solução mais consentânea com os interesses em jogo em tais situações. Todavia, apesar do silêncio da lei, não vemos impedimento a uma composição amigável entre nu-proprietário e usufrutuário, objetivando a aquisição de novo bem, sobre o qual incidirão os direitos do usufruto atingido pela desapropriação. Reconhecemos, entretanto, a insuficiência dessa solução para a generalidade dos casos [...]. Às partes caberá, todavia, dar a última palavra a respeito, compondo-se amigavelmente. Só na impossibilidade dessa composição é que se recorrerá à tutela jurisdicional para o deslinde de divergências entre nu-proprietário e usufrutuário, pelas vias processuais competentes”. (SALLES, 2000, p. 673).

de 2002), cujos institutos, por mais que pouco utilizados, possuem bastante semelhança com o usufruto¹⁶⁹.

É de se pontuar, também, que o Decreto-lei nº 3.365/1941 não cuidou da situação dos trabalhadores que perderam seu emprego formal, em função da realocação das atividades empresariais pela desapropriação do estabelecimento comercial. Essa situação pode gerar prejuízos para as duas partes envolvidas na relação de trabalho: o empregado, como também o empregador. Nesse contexto, a rescisão do contrato sem justa causa ensejará a obrigação de o empregador arcar com verbas rescisórias (aviso prévio, multa sobre o FGTS, etc.). Obviamente, tais verbas deveriam ser indenizadas pelo Estado¹⁷⁰. Além disso, mesmo com o recebimento das verbas rescisórias, o ex-empregado ficará em situação de extrema vulnerabilidade, na medida em que é possível que tenha dificuldades de se reinserir no mercado, por inúmeros fatores.

Não cabe aqui explorar as soluções jurídicas para essas situações de terceiros prejudicados. O que se quer demonstrar é que há, sim, um descaso do Decreto-lei nº 3.365/1941 com relação aos direitos de terceiros envolvidos, até mesmo para aqueles que possuem seus direitos institucionalizados pela legislação civil, como o caso de enfiteuse, servidão, locação, usufruto, etc.

¹⁶⁹ Código Civil de 2002: “Art. 1.413. São aplicáveis ao uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto [...] Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto”. O “uso” e a “habitação”, assim como o usufruto, permanecerão após a desapropriação, caso em que os direitos do usuário e habitadores serão sub-rogados na indenização oferecida. (SALLES, 2000, p. 674 *et seq.*).

¹⁷⁰ Nesse contexto, cabe pontuar que o artigo 486, da Consolidação das Leis Trabalhistas, dispõe que “no caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal [...] prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável”. Todavia, havendo a desapropriação que resulte na impossibilidade de continuidade da relação de trabalho, esse preceito da Consolidação das Leis Trabalhistas deverá ser alegado em defesa, pelo empregador, em ação trabalhista, evidenciando, portanto, um ônus a ser suportado pelas partes na relação de trabalho. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região, conforme se verifica da seguinte ementa: “EMENTA: "FACTUM PRINCIPIS". CARACTERIZAÇÃO. Impondo o poder público a paralisação das atividades do empregador, através [da] desapropriação, [do] único imóvel onde este desenvolvia suas atividades, e constatando-se ainda, que a finalidade social do empregador era especificamente aquela para qual se tornou inviabilizada, e não havendo notícia nos autos, ainda, da intercorrência da possibilidade de manutenção destas mesmas atividades mesmo que em outra localidade, tem-se como caracterizada a figura do art. 486/CLT” (Processo: 00481-2005-061-03-00-0-RO - Data de Publicação: 04/05/2006 - Órgão Julgador: Quinta Turma - Relator: Emerson Jose Alves Lage).

Destarte, não é suficiente que o ordenamento jurídico brasileiro permita o acesso ao Poder Judiciário para solucionar prejuízos ocasionados nessas situações. O direcionamento do cidadão para a via da “ação direta” (artigo 20, do Decreto-lei nº 3.365) a fim de resguardar seus interesses é, evidentemente, uma solução egoística e antissolidária do Estado. O Decreto-lei nº 3.365/1941 não impõe à Administração Pública qualquer conduta positiva para que os direitos dos terceiros envolvidos sejam levados em consideração no procedimento expropriatório. Pelo contrário, há uma injusta alocação do ônus da desapropriação ao terceiro envolvido.

Nesse contexto, ressalta-se que até mesmo a legislação brasileira criada pelo Estado monárquico do século XIX era mais democrática – sob os aspectos aqui apresentados – uma vez que os árbitros e jurados deveriam, após prévio contraditório de todos os envolvidos, atender aos interesses dos terceiros prejudicados, como condição à autorização judicial ou legislativa para imissão na posse do bem pelo poder público (sistema de indenizações múltiplas).

A situação se agrava ainda mais, à luz de preceitos democráticos, quando se constata que o Decreto-lei nº 3.365/1941, e outras normas federais aplicáveis à desapropriação, não se preocuparam com os interesses daqueles que simplesmente tenham a posse irregular do bem expropriado. “Irregular”, pois desamparada de qualquer título, tal como regulamentado pela legislação civil. A posse, por si só, não é tutelada pelo Decreto-lei nº 3.365/1941. Nesse contexto, é inegável que os possuidores de boa-fé são prejudicados diretamente pela desapropriação.

Em casos de grandes obras de infraestrutura, como alargamento de rodovias, construção de ferrovias, portos, usinas hidroelétricas, etc., haverá possuidores de boa-fé, que, independente de não terem o título sobre a coisa, ali estabeleceram sua “moradia”, com *animus* definitivo.

A remoção dessas pessoas não é disciplinada pelo Decreto-lei nº 3.365/1941. Por isso, costuma-se avaliar a questão à luz do Código de Processo Civil, através das ações de reintegração de posse (RIBEIRO, 2013, p. 9), que provocarão a perda de suas moradias.¹⁷¹ O enfrentamento da situação com suporte apenas no Código

¹⁷¹ Pontua-se que a moradia é um direito social que possui amparo na Constituição da República de 1988: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a

de Processo Civil pode conduzir à interpretação de que nenhuma indenização seria devida aos ocupantes sem título. Com efeito, se o Decreto-lei nº 3.365/1941 prevê o pagamento de indenização somente pela perda de propriedade – e a posse com ela não se confunde – nada então seria devido aos que ocupavam a área a ser desapropriada, exceto o pagamento pelas benfeitorias.

O pagamento das benfeitorias, obviamente, não é suficiente para que essas pessoas atingidas pela desapropriação possam adquirir outra “casa”. Pelo contrário, o pagamento apenas das benfeitorias levará tais pessoas às situações de *miserabilidade*, conduta essa repugnada pela Constituição da República de 1988¹⁷². Para que o ato interventivo do Estado seja congruente com obrigações decorrentes do Princípio Democrático, é necessário que o poder expropriante considere esses interesses em jogo no processo expropriatório, em homenagem à necessária conectividade reflexiva de uma deliberação pública, da qual resulta no dever de solidariedade. E isso não se concretizará apenas com a indenização pelas benfeitorias realizadas, impondo-se a disponibilização de outra moradia diretamente pelo poder expropriante ou o oferecimento de valor que possibilite a sua aquisição. Outra medida, caso não existam moradias populares disponíveis, está em custear aluguéis populares até o devido reassentamento dessas pessoas, cujas preferências deverão ser levadas em consideração pelas decisões estatais proferidas para concretizar essa solução – mas sempre em sintonia com a equidade e razoabilidade das medidas a serem tomadas, que não podem gerar uma proteção desproporcional à efetivamente necessária, considerando o *status quo ante* do prejudicado.

É de se ressaltar que, por mais que à União se confira a competência para legislar privativamente sobre desapropriações¹⁷³, há regras emanadas por outros entes

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Não é por menos que a Constituição da República de 1988 prevê, como direito fundamental, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo” (artigo 5º, XI).

¹⁷² Essa vedação pode ser interpretada através de diversos dispositivos constitucionais, em especial, o artigo 23, X, que dispõe ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”.

¹⁷³ Constituição da República de 1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] II – desapropriação”.

federados que oferecem tratamento ajustado ao Princípio Democrático e à solidariedade dele decorrente.

Nesse sentido, é exemplar o caso do *Município de Belo Horizonte* que, por meio da *Lei Municipal nº 7.597/1998*, criou o *Programa Municipal de Assentamento (PROAS)*, que possui a finalidade de atender à situação de famílias removidas em decorrência de execução de obras públicas (artigo 1º, I)¹⁷⁴.

Para se beneficiar do programa, foram impostos os seguintes requisitos: (i) renda familiar não ser superior a cinco salários mínimos; (ii) não possuir outro imóvel em nome próprio, nem do cônjuge ou companheiro, em toda a Região Metropolitana de Belo Horizonte; (iii) renunciar expressamente ao direito de pleitear, judicial ou administrativamente, eventual indenização pertinente a realização de benfeitorias na área pública a ser desocupada, conforme legislação em vigor; (iv) não ter sido beneficiado anteriormente por este ou outro programa de assentamento municipal; ser ocupante da área pública pelo prazo mínimo de doze meses; ser proprietário da benfeitoria; estar dentro dos parâmetros definidos pelo Conselho Municipal de Habitação (artigo 2º).

Atendidos esses requisitos, serão *assegurados*: (i) imediato assentamento em imóvel dotado de condições de habitabilidade, respeitado o valor de referência determinado no art. 11 da Resolução do Conselho Municipal de Habitação (artigo 3º, I) ou auxílio financeiro (artigo 3º, §1º); (ii) apoio material, assistencial e jurídico para a desocupação da área pública e para o assentamento (artigo 3º, II); (iii) direito de transferência e vaga em pré-escola, em escola pública e em creche conveniada às crianças e adolescentes atingidos (artigo 3º, I); (iv) o uso temporário de “Bolsa-Moradia” para locação de imóvel habitacional vago, até ocorrer o assentamento definitivo a que se trata o artigo 3º, I (artigo 3º, §3º).

Vê-se que, diferentemente do Decreto-lei nº 3.365/1941, a legislação do Município de Belo Horizonte oferece olhar diferenciado para a situação dos terceiros prejudicados, em sintonia ao Princípio Democrático.

¹⁷⁴ Através de alteração realizada pela Lei Municipal nº 8.566/2003, também beneficiou: família que, vítima de calamidade, tenha sido removida de área sem condições de retorno, comprovadas por laudo técnico do órgão municipal competente; família que resida em habitação precária, situada em área de risco, em ocupação clandestina ou irregular; família sem casa, que habite rua e viaduto do Município.

Neste contexto, o marco legal das desapropriações por interesse público vai de encontro aos interesses sociais envolvidos em desapropriações que demandem a remoção de famílias hipossuficientes, sem o título de propriedade de sua morada.

Para além de outros aperfeiçoamentos que o Decreto-lei nº 3.365/1941 demanda, a disciplina da posse e a preocupação com a indenização devida aos ocupantes estaria a merecer regramento, em homenagem ao ideal de solidariedade inerente ao dever democrático de se considerar as perspectivas e interesses das pessoas potencialmente atingidas por uma decisão estatal.

4.5.4 A previedade da justa indenização e o pagamento por meio de precatórios judiciais

A Constituição da República de 1988 dispõe que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos no texto constitucional (artigo 5º, XXIV). O Decreto-lei nº 3.365/1941 foi criado no contexto da Constituição de 1937, que também estabelecia a regra de previedade do pagamento da indenização devida em função de uma desapropriação (artigo 122, inciso 14).

Com base nisso, o Decreto-lei nº 3.365/1941, dispõe que “o pagamento do preço será prévio e em dinheiro” (artigo 32). O artigo 33, do Decreto-lei nº 3.365/1941, complementa da seguinte maneira: “O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização”. Além disso, o Decreto-lei condiciona a expedição do mandado de imissão da posse¹⁷⁵ ao pagamento ou a consignação do preço fixado na sentença. É o que dispõe o artigo 29, *in verbis*: “Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis”. Sobre o prévio pagamento para a consumação da desapropriação, Kiyoshi Harada (2005) explica:

¹⁷⁵ Nesse caso, não se trata da imissão provisória na posse, deferida liminarmente em caso de urgência, mas sim da imissão na posse realizada posteriormente à sentença que definir a justa indenização.

Operado o pagamento ou o depósito a que alude o art. 33 tem-se por consumada a desapropriação, por isso o juiz expede o mandado de imissão definitiva de posse, caso não tenha ocorrido a provisória, valendo a sentença como título hábil à transcrição imobiliária. Preexistindo a imissão provisória, esta é convalidada em definitiva. Essa sentença final é a que efetivamente desapropria a propriedade, segundo o preceito constitucional do prévio pagamento da justa indenização. (HARADA, 2005, p. 152).

O Decreto-lei nº 3.365/1941, de forma literal, determina que, antes da imissão definitiva na posse, deve-se depositar a quantia fixada na sentença. Essa literalidade reflete a melhor exegese da garantia constitucional da prévia e justa indenização¹⁷⁶. Caso o expropriado não concorde com o valor fixado e, por isso, apele da sentença, terá direito de levantar 80% desse valor, já que o recurso de apelação interposto pelo expropriado não possui efeito suspensivo (artigo 33, §2º e artigo 28).

Contudo, na hipótese de já ter ocorrido o depósito prévio em razão de imissão provisória na posse, ou naqueles casos em que a apelação seja provida para incrementar a indenização definida pela sentença apelada, a jurisprudência dominante tem entendido que a complementação deve ser paga por meio do procedimento de execução contra a Fazenda Pública, nos termos do artigo 730¹⁷⁷, do Código de Processo Civil, com a expedição de precatórios¹⁷⁸ judiciais, exceto quando se tratar de valores que a lei define como sendo de pequena monta, quando será expedido o requisitório de pequeno valor.

¹⁷⁶ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977, p. 318), quando a essa questão pondera o seguinte: “[...] numa visão de lógica jurídica o legislador excedeu-se ao falar em pagamento ou consignação, em depósito do preço ou em levantamento do preço. Não distinguiu depósito prévio de indenização prévia, confundindo assim expressões que são diferentes nas fases processuais obrigatórias. Indubitavelmente, quando a lei política, a Constituição, determina que a indenização seja prévia, quer com isso que o pagamento se faça antes que a coisa desapropriada transfira-se ao expropriante. Do que já se disse anteriormente, a indenização há de corresponder à reparação devida pela Administração ao titular de direitos”.

¹⁷⁷ Código de Processo Civil: “Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito”.

¹⁷⁸ Conforme explica Harada (2005, p. 154) “precatório significa requisição de pagamento feito pelo Presidente do Tribunal, que proferiu a decisão exequenda contra a Fazenda Pública de todos os níveis de governo, por conta da dotação consignada diretamente ao Poder Judiciário”.

O sistema de precatórios judiciais é disciplinado pelo artigo 100¹⁷⁹, da Constituição da República de 1988. Conforme a sistemática do artigo 100, da

¹⁷⁹ Constituição da República de 1988: “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). § 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial

Constituição da República de 1988, o pagamento deve se dar na ordem cronológica de inclusão na dívida no orçamento da respectiva entidade de direito público que foi condenada. Essa inclusão é obrigatória e, se realizada até 1º de julho, o precatório deverá ser pago até o final do exercício seguinte, quando seus valores serão atualizados monetariamente (artigo 100, §5º). A única exceção ao princípio do pagamento pela ordem cronológica de precatórios se verifica com relação aos pagamentos dos débitos de natureza alimentar, definidos nos termos do artigo 100, §1º, que terão preferência sobre os demais, sendo prioritário o pagamento de débitos alimentares em benefício daqueles que possuem mais de sessenta anos (artigo 100, §2º).

Além disso, o artigo 100, §8º, da Constituição da República de 1988, veda a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento na quantia de pequena monta que permita expedir requisitórios de pequeno valor. Isso significa que “para pagamento de juros e honorários em continuação impõem-se expedição de novo precatório com sua inserção na ordem cronológica.” (HARADA, 2005, p. 159).

Independente das particularidades relacionadas ao pagamento por precatórios judiciais é questionável, a nosso ver, a legitimidade do pagamento de excedente definido em sentença ou apelação, através da sistemática definida no artigo 100, da Constituição da República de 1988.

Não há como conceber, nesses casos, o devido atendimento à garantia da previedade da indenização. Além disso, não é defensável, com base em preceitos

de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). §16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).”

pertinentes aos preceitos democráticos (dever de solidariedade) que o pagamento do real montante da justa indenização ocorra por meio de precatórios, após a efetivação da perda da propriedade do bem pelo expropriado, sobretudo porque, como já argumentado acima¹⁸⁰, a perda da posse do bem – mesmo que excepcionalmente em virtude de alegação de urgência – demanda uma *atuação positiva* da Administração Pública para resguardar o *status quo ante* do expropriado. Isso significa, na prática, a institucionalização da torpeza do poder expropriante, que não se acautelou ou se preocupou em considerar os interesses do particular previamente ao ajuizamento da ação de desapropriação. É, inclusive, a exaltação do descaso administrativo com o planejamento de seus projetos, os quais serão, na prática, executados através do sacrifício do particular.

À luz do Princípio Democrático, é adequado que o valor real do bem expropriado e os demais prejuízos sejam definidos na fase administrativa da desapropriação através de prévio procedimento deliberativo concatenado com os preceitos jurídicos decorrentes de um Estado democrático – exceto em casos de relevância urgência que impeçam a realização de tais medidas de diligências administrativas, sem prejuízo de um interesse público prevalecente. Nesse contexto, seria apropriado, em homenagem ao Princípio Democrático, que a ação judicial somente fosse ajuizada pelo poder público depois de esgotadas todas as medidas deliberativas e assecuratórias aos direitos do expropriado, em vista de uma injusta resistência ao poder expropriatório do Estado, ou diante de fundado litígio no que tange ao *equivalente financeiro* do prejuízo e não sobre quais modalidades de prejuízos vão ser indenizados ou não.

Todavia, o entendimento do *Supremo Tribunal Federal* é o de que “insuficiente o depósito prévio na desapropriação, o pagamento da diferença do valor depositado para imissão na posse deve ser feito por meio de precatório”, conforme se extrai da decisão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 739.454¹⁸¹, com a relatoria da Ministra Carmen Lúcia. O Supremo Tribunal Federal já afirmou, ainda,

¹⁸⁰ Ver o item de que trata da imissão provisória na posse e sobre a displicência dos direitos de terceiros.

¹⁸¹ RE 739454 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 19 nov. 2013. É o que se extrai, também, do julgamento do RE 598.678, Relator o Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 18 dez. 2009.

que o pagamento por meio de precatórios se encontra dentro da ressalva¹⁸² trazida no artigo 5º, XXIV, da Constituição da República de 1988, como já decidiu o RE nº 427.761/CE¹⁸³.

Como admitir que a regra geral para a execução de dívidas da Fazenda Pública (artigo 100, da Constituição da República de 1988) se insere nas exceções à garantia da prévia e justa indenização trazida no texto constituição? Isso implicaria transformar o direito fundamental à previdência do pagamento, que é regra geral para os casos de desapropriação por utilidade pública e interesse social, em exceção.

Não parece possível que o direito fundamental à prévia e justa indenização, de aplicabilidade imediata, somente seja observado em certos procedimentos expropriatórios nos quais a imissão na posse somente ocorra após a alienação consensual ou depois de proferida a sentença que defina o valor da justa indenização. Até mesmo porque o Decreto-lei nº 3.365/1941 não condicionou a regra da previdência do pagamento à desapropriação concluída por meio de alienação consensual ou àqueles casos em que a imissão na posse venha a ocorrer após a sentença que defina o valor da justa indenização.

Nesse contexto, parece existir contradição por parte do Supremo Tribunal Federal, quando afirma não ser possível indenizar pela sistemática dos precatórios judiciais os valores devidos em razão da ocorrência da desapropriação indireta, pois isso afrontaria à garantia da justa e prévia indenização¹⁸⁴. Tal como ocorre nos casos de desapropriação indireta, nas ações de desapropriação em que o valor da indenização

¹⁸² “[...] ressalvados os casos previstos no texto constitucional” (artigo 5º, XXIV, da Constituição da República de 1988).

¹⁸³ Desse acórdão, extrai-se o seguinte: “[...] a prévia indenização prevista no referido inciso XXIV diz respeito a desapropriação que não haja desaguado no Judiciário, quando não existe a premissa da expedição do precatório, vale dizer, título executivo judicial a ser observado”.

¹⁸⁴ Nesse sentido, o RE nº 758.120, que assim decidiu, conforme trecho de sua ementa: “[...] Desapropriação indireta. 3. Adoção do regime de precatórios para os pagamentos das indenizações. Impossibilidade [...]”. Essa decisão foi amparada no julgamento RE nº 83.157, com a seguinte ementa: “Indenização por desapropriação indireta. Correção monetária incluída no cálculo de liquidação. Decisão que não contrariou o preceito constitucional da prévia e justa indenização em dinheiro, nem divergiu da jurisprudência, ao negar atualização da correção monetária, sob a consideração do reduzido tempo que decorreu entre a liquidação e o efetivo pagamento omissão, no cálculo, de correção monetária dos honorários advocatícios, arbitrados em importância certa. Ausência de impugnação do cálculo e falta de prequestionamento da matéria no acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido” (RE 83157, Relator(a): Min. Eloy da Rocha, Primeira Turma, DJ 13 mai. 1977 pp. 03089).

fixada em sentença ou apelação supere o valor previamente depositado pelo poder expropriante, a perda da *posse* ocorre antes do pagamento. E, justamente porque é garantida a previedade no pagamento, não é possível admitir que a justa indenização seja efetivada pela sistemática dos precatórios. Este é a regra geral dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública; porém, o pagamento do justo preço na desapropriação deveria ser interpretado como exceção a essa regra, em face do disposto no artigo 5º, XXIV, da Constituição da República de 1988.

O pagamento da justa indenização posteriormente à perda da propriedade do bem pelo expropriado, ocasiona, evidentemente, um déficit de legitimidade do instituto jurídico da desapropriação, diante de sua incompatibilidade com os preceitos jurídicos decorrentes do Princípio Democrático, em especial, ao dever de solidariedade, que demanda a consideração dos legítimos interesses daqueles a serem prejudicados pela decisão.

Pontua-se que a regra de previedade do pagamento da complementação do valor inicialmente ofertado foi prevista pelo artigo 15, da Lei Complementar nº 76/2003, que regulamentou o procedimento sumário para a ação judicial de desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, *in verbis*: “Em caso de reforma de sentença, com o aumento do valor da indenização, o expropriante será intimado a depositar a diferença, no prazo de quinze dias”. (BRASIL, 2003).

Harada (2005, p. 162) argumenta que a solução definitiva para o problema do pagamento por meio de precatórios dependeria de alteração na legislação infraconstitucional “restringindo as hipóteses de imissão prévia na posse do bem expropriando, ou, condicionando essa imissão ao pagamento do preço fixado em decisão de primeiro grau”.

A nosso ver, para evitar o pagamento de precatórios, é necessário considerar que o momento da efetivação da desapropriação seja a *perda da posse*, e não a transcrição do título de propriedade¹⁸⁵. Aliás, essa é a inteligência dos artigos 29, 32 e 33 do Decreto-lei nº 3.365/1941: (i) somente se considera pagamento prévio da indenização o depósito do preço fixado na sentença, ou seja, quando esse valor estiver

¹⁸⁵ José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 519), neste ponto, argumenta: “[...] sendo modo originário de aquisição, a desapropriação independe da transcrição do título translativo (que é a sentença ou o acordo) no registro imobiliário, uma vez que a transcrição é modo derivado de adquirir a propriedade”.

à disposição do juízo; (ii) somente será expedido o mandado de imissão na posse após o pagamento, mediante o mencionado depósito, do preço fixado na sentença; e (iii) essa sentença será título hábil para a transcrição no registro de imóveis – momento em que haverá a transposição da propriedade – o que pode ser realizado no momento que melhor convier ao poder expropriante, pois já foi realizada e concluída a desapropriação.

Por isso, caso exista relevância urgência, verificada pelo juízo, deve ser autorizada a imissão provisória na posse e o valor excedente ao depósito inicial, fixado na sentença, deverá ser pago mediante *depósito complementar* e, não, por meio de precatórios judiciais.

4.6 A retrocessão no Estado democrático

Hely Lopes Meirelles (1996, p. 520) define a retrocessão como a “obrigação que se impõe ao expropriante de oferecer o bem ao expropriado, mediante a devolução do valor da indenização, quando não lhe der o destino declarado no ato expropriatório”. A retrocessão é, portanto, o direito do proprietário de reaver o bem e não um instituto que invalida a desapropriação previamente ocorrida. (MEIRELLES, 1996, p. 535).

A retrocessão surgiu no Brasil – em legislação aplicada em nível nacional – por meio do Decreto nº 1.021, de 26 de agosto de 1903, em seu artigo 2º, §4º. Esta disposição foi mantida por meio da consolidação realizada pelo Decreto nº 4.056, de 09 de setembro de 1903. Posteriormente, o Código Civil de 1916 dispôs, em seu artigo 1.150 que a “União o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino para que se desapropriou”. Com isso, consolidou-se o direito do particular à devolução da propriedade expropriada que não recebeu a destinação que motivou a desapropriação.

Todavia, o Decreto-lei nº 3.365/1941, em seu artigo 35, passou a determinar que os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de

desapropriatório. Declarada nula a desapropriação, o direito do expropriado somente se resolveria em perdas e danos.

O distinto tratamento conferido à matéria pelo Código Civil de 1916 e pelo Decreto-lei nº 3.365/1941 (artigo 35) gerou divergências na doutrina e jurisprudência brasileira acerca da própria existência do instituto da retrocessão. (MEDAUAR, 1986, p. 120). Todavia, a jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*, na segunda metade do século passado, rejeitou o afastamento desse instituto, conforme se verifica de trecho da ementa do seguinte acórdão do Recurso Extraordinário nº 24.190, de 1957: “Retrocessão. O artigo 35 do Dec-lei 3.365 não revogou o art. 1.150 do Código Civil, que permanece como garantia complementar de outra, maior, outorgada pelo art. 141, par-16, da Constituição”¹⁸⁶. Este relatado artigo 141, §16º, da Constituição de 1946 se refere à garantia da justa e prévia indenização em caso de desapropriações por utilidade e necessidade pública ou interesse social¹⁸⁷.

A questão foi corretamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, pois o afastamento do direito à propriedade é excepcional: todas as Constituições brasileiras somente permitiram a desapropriação desde que constatado um “bem público” que assim justificasse (Constituição Imperial de 1824), ou verificada a hipótese de necessidade ou utilidade pública (Constituições de 1891, 1934, 1937), ou ainda diante desses casos ou por interesse social (Constituições de 1946 e 1967, Emenda Constitucional nº 01, de 1969 e a atual Constituição da República de 1988). Portanto, parece óbvio que, não se verificando os motivos que justificaram o “sacrifício” do direito de propriedade, não há que se falar em direito do Estado em permanecer com o bem expropriado.

Por isso, ainda que inexistente regra que assim previsse, seria possível deduzir que os expropriados teriam direito à devolução do bem com base no próprio

¹⁸⁶ Supremo Tribunal Federal. RE 24190, Relator(a): Min. Antonio Vilas Boas, Segunda Turma, DJ 12 dez. 1957 pp.16456.

¹⁸⁷ Constituição de 1946: “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior”.

direito fundamental à propriedade. Ausente a necessidade de se preservar o bem expropriado no patrimônio público, seria ilegítima a recusa ao anterior proprietário. Nesse sentido, bem expõe Kiyoshi Harada:

A desapropriação só pode fundar-se no interesse público, que se desdobra em necessidade ou utilidade pública, interesse social, interesse social para fins de reforma agrária, interesse urbanístico e abolição de gleba nociva à sociedade.

Cabe o Judiciário verificar se determinado ato expropriatório tem ou não amparo nas hipóteses legais exteriorizadoras do interesse público, o que é bem diferente do exame de oportunidade e conveniência daquele ato. Os bens desapropriados, como não poderia deixar de ser, vinculam-se ao interesse público específico invocado pelo expropriante sob pena de devolução ao antigo proprietário. O desvio na destinação do imóvel desapropriado enseja a retrocessão, que outra coisa não é senão a reincorporação do bem expropriado ao patrimônio do ex-proprietário, mediante devolução da indenização recebida, por inexistir o vínculo entre o sacrifício suportado pelo particular e o interesse público invocado como razão de desapropriar. (HARADA, 2005, p. 212).

Contudo, a inconstitucionalidade do artigo 35, do Decreto-lei nº 3.365/1941, é vista com ressalvas. Não se pode ignorar que diversas podem ser as situações: (i) o bem pode ter sido destinado à diversa finalidade pública, distanciando-se daquela indicada na fase declaratória; (ii) possível ainda que apenas parte do bem tenha sido utilizada para o motivo alegado; (iii) ainda, haverá situações inexistente qualquer destinação.

Na hipótese em que o poder expropriante atribuir utilização diversa ao inicialmente previsto, haverá a “tredestinação lícita” segundo a doutrina administrativista¹⁸⁸ e a jurisprudência mais recente. Ilícita seria a tredestinação que não atendesse a uma finalidade pública. O *Supremo Tribunal Federal* já consolidou esse entendimento em diversas decisões¹⁸⁹. Ou seja, não havendo o atendimento a um

¹⁸⁸ É o caso, por exemplo, de Cretella Júnior (1998, p. 415 *et seq.*), Odete Medauar (1986, p. 123), dentre outros. Todavia, não é esse o posicionamento de Seabra Fagundes (1949, p. 398), para quem cabe o exercício do direito de retrocessão até nessa hipótese.

¹⁸⁹ Nesse sentido, é o que decidiu o Recurso Extraordinário nº 91508, julgado em 09/10/1979, com a seguinte ementa “Desapropriação. Retrocessão. Destinação do imóvel (utilidade pública). - A mutação na destinação do imóvel desapropriado, persistindo a característica de utilidade pública, ou a demora na aplicação, não implica no direito de retrocessão, a envolver a aplicação do art. 1.150 do Código Civil. - Recurso Extraordinário não conhecido” (RE 91508, Relator(a): Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, DJ 05 nov.1979 pp. 08046).

interesse público específico e se não se tratar de destinação para hipótese não prevista em lei, conseqüentemente haverá um *desvio de finalidade* que enseja o direito à retrocessão¹⁹⁰.

O *Superior Tribunal de Justiça*, posteriormente à Constituição da República de 1988, tem entendido que a tredestinação *ilícita*, ou seja, a destinação do bem expropriado para finalidade diversa da inicialmente pretendida, que não seja de interesse público e fora das hipóteses previstas em lei, enseja o direito de retrocessão¹⁹¹. Todavia, infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça atualmente entende que o disposto no artigo 35, do Decreto-lei nº 3.365/1941, é irrefutável. Ou seja, para esse Tribunal, “ainda que houvesse desvio de finalidade (tredestinação ilícita) [...] seria inviável a retrocessão” caso o bem expropriado tenha sido “inquestionavelmente incorporado ao patrimônio público”¹⁹².

O disposto no artigo 35, do Decreto-lei nº 3.365/1941 é de duvidosa constitucionalidade. O direito de retrocessão em caso de tredestinação ilícita não é previsto expressamente em Lei, mas baseia-se no simples argumento de que não foi conferida qualquer finalidade pública que justificasse a desapropriação. Inexistente um interesse público que justifique a expropriação, ou caso a destinação atribuída ao bem não adequar às hipóteses taxativamente previstas de desapropriação, certamente – em sintonia com o atual entendimento jurisprudencial – haverá desvio de finalidade. Destarte, é irrelevante o fato de o bem ter sido incorporado, ou não, ao patrimônio do ente expropriante.

A incorporação do bem expropriado ao patrimônio público não significa a destinação a qualquer finalidade pública. Nesse contexto, é de se pontuar que inúmeros bens públicos dominicais, desafetados de qualquer utilidade pública, são destinados à alienação gratuita ou onerosa para terceiros. É inconcebível que o bem expropriado

¹⁹⁰ Nesse sentido, é o que se extrai da seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: “Ocorre desvio de finalidade da desapropriação, se o expropriante aliena o bem, ou cede o uso por qualquer título, a instituição particular, ainda que esta, pessoa jurídica de direito privado, tenha fins sociais” (RE 88699, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, DJ 20 nov.1978 pp. 09237).

¹⁹¹ Vide, por exemplo, aos acórdãos proferidos nos Recursos Especiais nºs 530.403/DF, 853.713/SP e 1.025.801/SP.

¹⁹² Cf. REsp 853.713/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27 abr. 2011. Nesse sentido também, é o que dispõe os acórdãos do Recurso Especial nº 816251/SP e AR nº 769/CE. Esse também é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme se verifica, por exemplo, da Apelação Cível nº 1.0024.02.869494-1/006, julgado em 14/08/2012.

tenha esse destino, antes mesmo de se oferecer ao antigo proprietário, mediante a devolução do valor pago à título de justa indenização.¹⁹³

Obviamente, a vedação à retrocessão nesses casos, pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, representa, na perspectiva do Princípio Democrático, a primazia do interesse egoístico do Estado à revelia do legítimo interesse do particular, representando, assim, uma conduta evidentemente antidemocrática.

Assim, a incorporação ao patrimônio do ente expropriante não pode ter o condão de impedir o direito de retrocessão, quando o bem expropriado não for destinado para outra finalidade pública prevista nos casos de utilidade pública ou interesse social. Se não for assim, a conduta do Estado estará ignorando o interesse do particular em ver respeitado o seu direito fundamental à propriedade, o qual somente pode ser excepcionado quando qualquer utilidade pública ou interesse social, taxativamente descrita em Lei, demandar a desapropriação.

O Código Civil de 2002 ampara esse argumento, ao tratar do instituto da “Preempção”, dispondo que “se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa” (artigo 519). Esse dispositivo não menciona a obrigação de o ente expropriante devolver o bem expropriado quando não destinado para a finalidade inicialmente pretendida (retrocessão). Esclarece, contudo, que o direito do ente expropriante de permanecer com o bem está condicionado à sua utilização para outra finalidade pública (outras obras ou serviços públicos), pouco importando se houve a incorporação do bem, ou não, ao patrimônio público.

Por isso, entendemos que o artigo 35, do Decreto-lei nº 3.365/1941, é inconstitucional, por desrespeitar a garantia à excepcionalidade das desapropriações,

¹⁹³ Harada (2005, p. 178) entende que a retrocessão deve ocorrer com a devolução do preço atual da coisa, nos termos do artigo 519, do Código Civil de 2002. Contudo, este artigo trata do direito de preferência, um instituto jurídico que, por mais que possa amparar as conclusões acerca do direito de retrocessão, possui finalidade diversa. O direito de preferência busca conferir tratamento diferenciado para certas pessoas em caso de venda de determinados bens. Por outro lado, a retrocessão é o próprio de direito de devolução do bem, quando não lhe der destinação lícita, o qual logicamente deve se dar com a devolução do valor pago a título de justa indenização. Se há tredestinação ilícita, a desapropriação é nula e, por isso, nunca poderia ter ocorrido. Assim, a valorização ou desvalorização do bem expropriado, após a desapropriação, deve ser um risco atribuído somente ao expropriado.

prevista no artigo 5º, XXIV, da Constituição da República de 1988, argumento reforçado quando se analisa a questão à luz dos deveres decorrentes do Princípio Democrático (princípio da solidariedade).

Com relação às hipóteses em que se opera a destinação parcial do bem expropriado, bem como não for conferida destinação alguma, é possível a retrocessão, parcial no primeiro caso e integralmente no segundo, pelo mesmo fundamento que justifica a atual posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a existência de desvio de finalidade. Pelos mesmos motivos já alegados, é evidente que a não destinação parcial ou total do bem a nenhuma finalidade pública implica em evidente desrespeito ao direito fundamental da propriedade e, por isso, não pode ser permitida. E, mesmo que houver a incorporação parcial ou total de tais bens expropriados ao patrimônio público, em que pese a disposição do artigo 35, do Decreto-lei nº 3.365/1941, o direito de retrocessão deve prevalecer, pois trata-se de medida que melhor atenderá ao legítimo interesse do particular atingido pela decisão (dever de solidariedade), em vista do direito fundamental da propriedade e da excepcionalidade das desapropriações.

Contudo, Odete Medauar (1985, p. 123 *et seq.*) menciona que há decisões do Supremo Tribunal Federal que também não reconhecem o direito à retrocessão nesses casos¹⁹⁴. Do mesmo modo, o *Superior Tribunal de Justiça*, em decisão isolada, manteve essa orientação de que, *a priori*, a não utilização parcial ou total do bem não significa desvio de finalidade que possa ensejar no direito de retrocessão¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Para tanto, a autora exemplifica com os Recursos Extraordinários nºs 64.559 e 82.366. No Recurso extraordinário nº 64.559, foi decidido que “o fato da não utilização da coisa expropriada não caracteriza, só por si, independente das circunstâncias, desvio do fim da desapropriação” (RE 64559, Relator(a): Min. Eloy da Rocha, Segunda Turma, DJ 21 mai. 1971 pp. 02301). O Recurso Extraordinário nº 82.366, por sua vez, decidiu que a “não utilização, pelo Poder Público, da coisa expropriada não autoriza, por si só, a presunção de violação do destino que a ela deve ser dado” (RE 82366, Relator(a): Min. Moreira Alves, Segunda Turma, DJ 12 mar. 1976 pp. 01515).

¹⁹⁵ No Recurso Especial nº 73.907, julgado em 16 de junho de 1997, a Primeira Turma reiterou esse entendimento, conforme se extrai do teor do seguinte Acórdão: “[...] o desvio de finalidade, para ser reconhecido, reclama demonstração absoluta sobre a desafetação da destinação final, não se configurando pelo aproveitamento intermediário, da área remanescente, enquanto se concluem projetos ou se aguardam ampliações ditadas pela necessidade. Demais, a Administração Pública não está algemada a prazo legalmente fixado para a utilização do bem expropriado, fato que distancia a “retrocessão”, que não se amolda apenas pela demora no uso, de toda a área do imóvel. É necessária a concretude de que o bem não foi ou não será aproveitado. [...] Enfim, não fixado prazo legal para a utilização de todo o imóvel expropriado no cenáculo da finalidade justificadora da “declaração de utilidade pública”, a retrocessão não pode ser avivada por presunção ou circunstâncias, factuais. [...]”

A excepcionalidade atribuída à desapropriação – em função do direito fundamental à propriedade – não condiz com a vigência do artigo 35, do Decreto-lei nº 3.365/1941. Se há aplicadores do Direito que prezam pela interpretação literal do dispositivo em comento, não se seduzindo pela interpretação à luz do Princípio Democrático aqui defendida, outro caminho não há senão propor a retirada dessa regra [inconstitucional] do marco legal das desapropriações para fins de utilidade pública.

não é sem razão que toda a área, com incontestado registro imobiliário, foi incorporada ao patrimônio público” (REsp 73.907/ES, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 06 out. 1997, p. 49881). Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme se verifica da seguinte decisão: “AÇÃO DE RETROCESSÃO COM PEDIDO ALTERNATIVO DE PERDAS E DANOS. DESAPROPRIAÇÃO. BEM IMÓVEL. LOTE LOCALIZADO EM ÁREA DESTINADA À CONSTRUÇÃO DE CONJUNTO HABITACIONAL. OBRAS NÃO INICIADAS APÓS 5 ANOS. RETROCESSÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. A demora na utilização do bem expropriado não gera, por si só, o controvertido direito do expropriado de reintegrar ao seu patrimônio o bem que lhe pertencia, mormente quando não se evidencia, de pronto, a ausência do declarado interesse público na área expropriada. Apenas em virtude de fotografias sem data, escrituras ou datas de registros imobiliários não se pode afirmar, sem apelo à imaginação, que não se tenha dado destinação alguma à área expropriada ou que tenha havido 'abandono' do projeto de construção de conjuntos habitacionais que visem reposição da moradia, procurando melhorar a qualidade da habitação. Sem provas suficientes de que houve inconstitucional violação a direito de propriedade ou de que a ação expropriatória teria sido abusiva, ensejando efetivo prejuízo a expropriada, independentemente da indenização por ela recebida, não procedem os pedidos de retrocessão ou indenização por perdas e danos.”. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.05.775032-5/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, 1ª Câmara Cível, Diário do Judiciário Estadual, 22 mai. 2007).

5 A LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE AO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941 E O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉ-DECLARATÓRIO NA DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

5.1 Legislação superveniente ao Decreto-lei nº 3.365/1941 sobre desapropriações

5.1.1 A Lei nº 3.833/1960: regime especial de execução de obras do “Polígono das Secas”

Para a devida contextualização, é conveniente traçar alguns aspectos genéricos relativos a leis posteriores ao Decreto-lei nº 3.365/1941, que não revogaram o marco legal vigente, mas estabeleceram algumas regras procedimentais diferenciadas para casos específicos de desapropriação.

A primeira a se mencionar é a *Lei nº 3.833, de 08 de dezembro de 1960*, que criou um regime especial de desapropriação por utilidade pública para a execução de obras no “Polígono das Secas” na região do nordeste brasileiro. Nesses casos, a lei estabeleceu que haveria a publicação de edital “anunciando que os interessados na desapropriação poderão procurar o funcionário designado para tratar do assunto” e tentar um entendimento (artigo 2º). Se o proprietário ou quem for considerado possuidor de direito concordar com o preço, seria lavrada uma escritura de compra e venda, com o pagamento por meio de cheque (artigo 3º).

Aqueles que tivessem quaisquer direitos a alegar contra os presumíveis proprietários, sejam em relação aos bens expropriados, deveriam ingressar em juízo fazendo prova de sua alegação, no prazo de trinta dias após a publicação desse edital (artigo 4º). Resolvida a questão, não havendo manifestações ou se o preço oferecido fosse recusado, a avaliação dos bens seriam feitos por dois peritos, um nomeado pelo poder expropriante e outro pelo suposto expropriado (artigo 5º). Esses peritos escolhidos nomeariam um terceiro perito para desempate caso houvesse divergência na avaliação (artigo 5º, §1º).

5.1.2 A Lei nº 4.132/1962: desapropriação por interesse social

A Constituição de 1946, em seu artigo 141, §16,¹⁹⁶ incluiu o “interesse social” entre as hipóteses de desapropriação. O artigo 147, *caput*, daquele texto constitucional, previu que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”, permitindo à lei “promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

Hely Lopes Meirelles traz uma conveniente definição sobre o que vem a ser interesse social, diferenciando-o das hipóteses de necessidade e utilidade pública, como critério autorizador da desapropriação:

*A necessidade pública surge quando a Administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato. A utilidade pública se apresenta quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível. A Lei Geral das Desapropriações (Dec.-lei 3.365/1941) consubstanciou as duas hipóteses em utilidade pública, pois só emprega essa expressão em seu texto. O interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade, ou de categoriais sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público. Esse interesse social justificado de desapropriação está indicado na norma própria (Lei 4.132/62) e em dispositivos esparsos de outros diplomas legais. O que convém assinalar, desde logo, é que os bens desapropriados, mas sim à coletividade ou mesmo a certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los e utilizá-los convenientemente. (MEIRELLES *apud* SALLES, 2000, p. 93 *et seq.*).*

A redação da Constituição de 1946 desencadeou a edição da Lei nº 4.132/1962, que definiu os casos de desapropriação por interesse social, enumerados em seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

¹⁹⁶ Constituição de 1946: “Art. 141. [...] §16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro [...]”.

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casas populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas. (Incluído pela Lei nº 6.513, de 20.12.77). (BRASIL, 1962).

A Emenda Constitucional nº 10/1964, alterou o artigo 141, §16º, e acrescentou alguns parágrafos ao artigo 147¹⁹⁷, da Constituição de 1946, incluindo uma exceção ao prévio pagamento *em dinheiro* para os casos de desapropriação, de

¹⁹⁷ Constituição de 1946: “Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. §1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964) §2º A lei disporá, sobre o volume anual ou periódico das emissões, bem como sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964) §3º A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme fôr definido em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964) §4º A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964) §5º Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964) §6º Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964)”.

competência exclusiva da União, de propriedade territorial rural para fins de interesse social. Nesses casos, a desapropriação por interesse social, que recairia sobre propriedades rurais cuja exploração não estivesse em sintonia com o “bem-estar social” (artigo 147, caput, da Constituição de 1946), seria paga através de títulos especiais da dívida pública, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos. Essa forma de pagamento somente incidiria no caso de desapropriação do “latifúndio”, porém todas as benfeitorias necessárias e úteis deveriam ser pagas sempre em dinheiro (artigo 147, §4º¹⁹⁸, da Constituição de 1946).

A Constituição de 1967 continuou prevendo o interesse social como hipótese autorizadora da desapropriação. Previu-se que a União poderia promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública (artigo 150, §22º e artigo 157, §1º), mantendo a sistemática inaugurada pela Constituição de 1946, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 10/1964. Essa disciplina acerca da desapropriação por interesse social também se manteve na Emenda Constitucional nº 01/1969 (artigo 153, §22º e artigo 161).

Percebe-se que nem todas as hipóteses de interesse social se rebelam contra o descumprimento da função social da propriedade. Tal como aponta Harada (2005, p. 38), há incisos do artigo 2º, da Lei nº 4.132/1962, que não se relacionam “com a disfunção social da propriedade”, como ocorre nos casos dos incisos III, V e VI.

Nesse contexto, o pagamento por meio de títulos da dívida pública somente seria aplicável quando se tratasse de desapropriação de propriedades territoriais rurais, cuja exploração não respeitasse a função social do bem e o devido aproveitamento econômico. Nesses casos, a desapropriação era de competência exclusiva da União¹⁹⁹,

¹⁹⁸ Constituição de 1946: “Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, [...] promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. [...] §4º A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de *latifúndio*, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro”.

¹⁹⁹ Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal havia assentado o entendimento de que os Estados não poderiam desapropriar, por interesse social, propriedades territoriais rurais: “[...] Sem a delegação prevista no par. 4 do art. 161 da Constituição Federal não podem os Estados promover a desapropriação de propriedade territorial rural, que é de competência exclusiva da união art. 161, 2 da C.F., ainda que invoquem fundamento de utilidade pública” (RE 81603, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, Tribunal Pleno, DJ 01 jul. 1977 pp. 04457).

enquanto todas as demais hipóteses de interesse social definidas na Lei nº 4.132/1962 poderiam ser realizadas por todos os entes federativos.

José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 897) pontua que a desapropriação regulada pelo artigo 161, da Constituição de 1969 (Emenda Constitucional nº 01/1969), era uma das espécies em que se subdividia a desapropriação por interesse social. A Lei nº 4.132/1962 prevê outras hipóteses de desapropriação por interesse social que podem ser utilizadas pelos Estados e Municípios. Apenas o caso do inciso I e §1º, do artigo 2º dessa Lei – que trata da desapropriação da propriedade territorial rural, para fins de reforma agrária – é que estaria inserido na competência exclusiva da União. (SALLES, 2000, p. 897).

Segundo o autor, “nota-se, portanto, que ocorre uma dicotomia no campo da desapropriação por interesse social [...] de enorme importância prática, uma vez que traça a linha divisória entre o que é de competência exclusiva da União e o que não é.” (SALLES, 2000, p. 898)²⁰⁰.

5.1.3 Decreto-lei nº 1.075/1970: avaliação prévia para a imissão na posse em imóveis residenciais urbanos

Ao tratarmos da imissão provisória na posse no capítulo anterior, fez-se menção ao Decreto-lei nº 1.075/1970, criado em razão de agitações sociais ocasionadas por desapropriações urbanas ocorridas no Município de São Paulo, em que ocorriam imissões prévias na posse, com depósitos de valores irrisórios, sem correspondência com o valor de mercado do bem.

A justificativa apresentada no preâmbulo dessa Lei evidenciou que “os proprietários de prédios residenciais encontram dificuldade, no sistema jurídico vigente, de obter, *initio litis*, uma indenização suficiente para a aquisição de nova casa própria”. Por isso, foi criado um rito sumaríssimo para realizar a imissão prévia da

²⁰⁰ O Supremo Tribunal Federal já decidiu: “[...] *in casu*, a reforma agrária, política de ordem fundiária estatuída pela Carta Constitucional, e de competência privativa da União, teve, pelo Decreto Estadual nº 41.241, uma total invasão legislativa, em flagrante colisão com o art. 184, da CF/1988, visto que, tanto o Estado como o Distrito Federal e o Município podem desapropriar imóvel rural, por interesse social, desde que não seja para reforma agrária” (STF - RE: 417992 RS , Relator: Min. Celso de Mello, DJe 16 dez. 2009).

posse de imóvel residencial urbano, desde que habitado pelo proprietário ou promissário-comprador (artigo 6º).

Nos termos da lei ora em comento, a imissão prévia na posse com base no depósito do preço oferecido somente poderá ocorrer se a quantia depositada não for impugnada pelo expropriado, no prazo de cinco dias (artigo 1º). Impugnada a oferta, o Juiz fixará em quarenta e oito horas o valor provisório do imóvel, podendo servir, para tanto, de perito avaliador, caso julgar necessário. Designado perito, cabe-lhe apresentar o laudo de avaliação provisória dentro de cinco dias (artigo 2º).

O Decreto-lei nº 1.075/1970 dispõe, ainda, que o juiz só autorizará a imissão provisória na posse do imóvel, se o expropriante complementar o depósito para que este atinja a metade do valor arbitrado, limitado a dois mil e trezentos salários-mínimos vigentes na região (artigos 3º e 4º).

O expropriado poderá levantar toda a importância depositada e complementada em função do arbitramento provisório (artigo 5º). Contudo, quando o valor arbitrado for igual ou menor ao dobro do valor oferecido pelo poder expropriante, permite-se ao expropriado optar entre o levantamento de 80% (oitenta por cento) do preço oferecido ou a metade do valor arbitrado (artigo 5º, parágrafo único).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que se deve vedar que a imissão prévia na posse, quando tenha caráter de definitiva, seja feita mediante o depósito de somente metade do valor arbitrado, limitado a dois mil e trezentos salários-mínimos vigentes na região. Com base na garantia da justa e prévia indenização, o Superior Tribunal de Justiça, em Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 19.647²⁰¹, consolidou o entendimento segundo o qual deve haver o

²⁰¹ Vale a pena, aqui, repetir trecho dessa decisão: “Não se trata de simples imissão de posse. Cuida-se de esvaziar a propriedade, retirando-lhe todo o substrato. O argumento de que a imissão provisória atinge a posse, não a propriedade, é improcedente. A Constituição protege a propriedade como um bem vida, uma fonte de utilidades; não um simples título registrado. O preceito constitucional, quando condiciona o pagamento a prévia e justa indenização, tem como escopo tornar possível ao expropriado a reconstrução de seu patrimônio. Ora, quem é expulso de sua casa, tem sua propriedade esvaziada naquilo que ela tem de interessante: o *jus utendi et fruendi*. A se cumprir o preceito constitucional, antes da expulsão, o expropriado deveria receber dinheiro suficiente para adquirir utilidade equivalente àquela que o Estado lhe está tomando. [...] Isso significa: o Estado somente revogará a propriedade, após entregar ao dono, numerário correspondente a seu justo valor econômico. Coerente com estes princípios, o Decreto-lei nº 1.075/1975 não cogita de imissão definitiva. Trata apenas do

depósito de toda a quantia apurada em prévia avaliação judicial do imóvel residencial, habitado pelo proprietário e promissário-comprador, com base em laudo de avaliação prévia.

Como foi argumentado no capítulo anterior, a avaliação prévia, seguida do depósito integral, anteriormente à imissão prévia na posse, em caso de alegação de urgência, quando houver o caráter de definitiva, deve ser, à luz do princípio democrático, a regra para todos os tipos de desapropriação por utilidade pública.

5.1.4 A desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária: a Lei nº 8.629/1993 e a Lei Complementar nº 76/1993

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 184, prevê que “compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, exceto quanto ao pagamento das benfeitorias úteis e necessárias” (artigo 184, §1º). Nesses casos, para desapropriar um bem, a União deverá expedir decreto com declaração de interesse social, o que permitirá a propositura de ação de desapropriação (artigo 184, §2º), cujo procedimento contraditório especial, em rito sumário, foi regulamentado por Lei Complementar específica (artigo 184, §3º), qual seja, a *Lei Complementar nº 76, de 06 de julho de 1993*.

A Constituição da República de 1988 vedou a desapropriação, para fins de reforma agrária, (i) da pequena e média propriedade rural, definida em lei, desde que seu proprietário outra não possua e (ii) da propriedade produtiva (artigo 185). O texto constitucional vigente estabeleceu, ainda, os parâmetros segundo os quais é considerada cumprida a função social da propriedade rural. Isso ocorrerá quando a propriedade rural: (i) possuir aproveitamento racional e adequado; (ii) utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e preserve o meio ambiente; (iii) observar as disposições que regulam as relações de trabalho; (iv) explorar o bem de

ingresso provisório. Para se valer dos permissivos contidos naquele diploma, o expropriante haverá de fazer demonstração de que seu ingresso no bem expropriando não é definitivo, mas provisório”.

forma a favorecer o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (artigo 186). Todos esses parâmetros foram regulados pela *Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993*.

A Lei nº 8.629/1993, em seu artigo 9º, repetiu o rol de requisitos apresentados no artigo 186, da Constituição da República, apresentados acima, para definir as condições em que um imóvel não cumpre com a sua *função social*, para fins de desapropriação para a reforma agrária²⁰². Todavia, essa Lei apresentou definições mais detalhadas sobre cada requisito²⁰³.

Para constatação da possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária, a Lei nº 8.629/1993 conceitua, em seu artigo 6º, o que se entende *por propriedade produtiva*. O *grau de utilização*²⁰⁴ da terra tem que ser superior a 80% (oitenta por cento) da área aproveitável²⁰⁵ (artigo 6º, §1º). O *grau de eficiência* na

²⁰² Cabe pontuar que a Lei nº 8.629/1993 determinou que todos os terrenos rurais públicos, de qualquer ente federativo, consoante determina a Lei nº 8.629/1993, deverão ser destinados, preferencialmente, para a execução de planos de reforma agrária, exceto as reservas indígenas, os parques e as áreas destinadas, direta ou indiretamente, à pesquisa, experimentação, demonstração e fomento de atividades relativas ao desenvolvimento da agricultura, pecuária, preservação ecológica, áreas de segurança, treinamento militar, educação de todo tipo, readequação social e defesa nacional (artigo 13 e parágrafo único).

²⁰³ Nesse sentido, a Lei nº 8.629/1993 especificou tais requisitos da seguinte maneira: (i) Considera-se “racional e adequado” o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º dessa Lei, que trata dos parâmetros para uma propriedade ser considerada produtiva, conforme será mencionado mais abaixo (artigo 9º, §1º); (ii) “Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade” (artigo 9º, §2º); (iii) “Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas” (artigo 9º, §3º); (iv) “A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais” (artigo 9º, §4º); (v) “A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel”.

²⁰⁴ Lei nº 8.629/1993: “Art. 6º [...] §3º Considera-se efetivamente utilizadas: I - as áreas plantadas com produtos vegetais; II - as áreas de pastagens nativas e plantadas, observado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder Executivo; III - as áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, observados os índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea, e a legislação ambiental; IV - as áreas de exploração de florestas nativas, de acordo com plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão federal competente; V - as áreas sob processos técnicos de formação ou recuperação de pastagens ou de culturas permanentes, tecnicamente conduzidas e devidamente comprovadas, mediante documentação e Anotação de Responsabilidade Técnica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)”.

²⁰⁵ Para análise de produtividade da propriedade rural, a Lei nº 8.629/1993, entendeu como áreas não aproveitáveis: (i) as áreas ocupadas por construções e instalações, excetuadas aquelas destinadas a fins

exploração da terra aproveitável tem que ser igual ou superior a 100% (cem por cento), aferível de acordo com a seguinte sistemática (artigo 6º, §2º): (i) para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea; (ii) para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea; (iii) a soma dos resultados obtidos na forma dos itens (i) e (ii) acima, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por cem, é o que determina o grau de eficiência na exploração.

Apesar de não previsto expressamente no texto constitucional, a Lei nº 8.629/1993 vedou a desapropriação, para fins de reforma agrária, de imóveis que sejam objeto de implantação de projeto técnico (artigo 7º²⁰⁶) e daqueles que estiverem oficialmente destinados à execução de atividades de pesquisa e experimentação que objetivem o avanço tecnológico da agricultura (artigo 8º²⁰⁷).

Com a modificação trazida pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001, o conceito de *justa indenização* pela desapropriação para fins de reforma agrária ficou mais restrito do que o contido no Decreto-lei nº 3.365/1941. Em sua redação original,

produtivos, como estufas, viveiros, sementeiros, tanques de reprodução e criação de peixes e outros semelhantes; (ii) as áreas comprovadamente imprestáveis para qualquer tipo de exploração agrícola, pecuária, florestal ou extrativa vegetal; (iii) as áreas sob efetiva exploração mineral; (iv) as áreas de efetiva preservação permanente e demais áreas protegidas por legislação relativa à conservação dos recursos naturais e à preservação do meio ambiente (artigo 10).

²⁰⁶ “Art. 7º Não será passível de desapropriação, para fins de reforma agrária, o imóvel que comprove estar sendo objeto de implantação de projeto técnico que atenda aos seguintes requisitos: I - seja elaborado por profissional legalmente habilitado e identificado; II - esteja cumprindo o cronograma físico-financeiro originalmente previsto, não admitidas prorrogações dos prazos; III - preveja que, no mínimo, 80% (oitenta por cento) da área total aproveitável do imóvel seja efetivamente utilizada em, no máximo, 3 (três) anos para as culturas anuais e 5 (cinco) anos para as culturas permanentes; IV - haja sido aprovado pelo órgão federal competente, na forma estabelecida em regulamento, no mínimo seis meses antes da comunicação de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 2º. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001). Parágrafo único. Os prazos previstos no inciso III deste artigo poderão ser prorrogados em até 50% (cinquenta por cento), desde que o projeto receba, anualmente, a aprovação do órgão competente para fiscalização e tenha sua implantação iniciada no prazo de 6 (seis) meses, contado de sua aprovação”.

²⁰⁷ “Art. 8º Ter-se-á como racional e adequado o aproveitamento de imóvel rural, quando esteja oficialmente destinado à execução de atividades de pesquisa e experimentação que objetivem o avanço tecnológico da agricultura. Parágrafo único. Para os fins deste artigo só serão consideradas as propriedades que tenham destinados às atividades de pesquisa, no mínimo, 80% (oitenta por cento) da área total aproveitável do imóvel, sendo consubstanciadas tais atividades em projeto: I - adotado pelo Poder Público, se pertencente a entidade de administração direta ou indireta, ou a empresa sob seu controle; II - aprovado pelo Poder Público, se particular o imóvel”.

o artigo 12 dispunha que “justa” era a “indenização que permita ao desapropriado a reposição, em seu patrimônio, do valor do bem que perdeu por interesse social”. Esse conceito induzia ao entendimento de que o expropriado, certamente, deveria ser ressarcido de qualquer detrimento patrimonial, o que não consubstancia somente no valor do bem expropriado. Isso melhor reflete os imperativos de isonomia e solidariedade que deve envolver a intervenção estatal na propriedade, condizente com um Estado Democrático de Direito. Contudo, a Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001 modificou o artigo 12 desse diploma legal considerando como justa “a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis”. Em vista dos princípios da isonomia e da solidariedade, intimamente relacionados com a garantia da justa indenização, é defensável a inconstitucionalidade dessa definição, na medida em que busca afastar a reparabilidade de todos os prejuízos ocasionados pela desapropriação, como os lucros cessantes. Contudo, não é esse o posicionamento da jurisprudência atual, que entende que a justa indenização na reforma agrária deve refletir somente o valor de mercado do bem²⁰⁸.

A justa indenização pelo terreno desapropriado – exceto as benfeitorias úteis e necessárias – será paga por meio de *títulos da dívida agrária*, que deverão conter cláusula assecuratória de preservação de seu valor real, resgatáveis a partir do segundo ano de sua imissão e prazos máximos dependendo do tamanho da área desapropriada²⁰⁹ (artigo 5º), devendo incidir, ainda, juros compensatórios pela perda do bem quando esse fosse passível de aproveitamento econômico²¹⁰.

²⁰⁸ Esse é o entendimento mais atual do Superior Tribunal de Justiça, como se verifica do trecho da seguinte decisão: “Para as desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária, há a regra específica do art. 12 da Lei 8.629/1993, que indica ser a justa indenização a que ‘reflita o preço atual de mercado do imóvel em toda sua totalidade’, observados determinados aspectos: localização e dimensão do imóvel, aptidão agrícola, área ocupada, ancianidade da posse, funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias” (AgRg no AREsp 500.108/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15 ago. 2014).

²⁰⁹ Lei nº 8.629/1993: “Artigo 5º [...] §3º Os títulos da dívida agrária, que conterão cláusula assecuratória de preservação de seu valor real, serão resgatáveis a partir do segundo ano de sua emissão, em percentual proporcional ao prazo, observados os seguintes critérios: I - do segundo ao décimo quinto ano, quando emitidos para indenização de imóvel com área de até setenta módulos fiscais; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) II - do segundo ao décimo oitavo ano, quando emitidos para indenização de imóvel com área acima de setenta e até cento e cinquenta módulos fiscais; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) III - do segundo ao

O pagamento por meio de títulos da dívida agrária não consubstancia, a nosso ver, atendimento à garantia da previdência de pagamento, tal como descrito no artigo 5º, XXIV, da Constituição da República de 1988²¹¹. Obviamente, não há relevância prática o recebimento do título da dívida pública antes ou depois da imissão na posse, pois o expropriado deverá aguardar vários anos para poder levantar a justa indenização constante no título público. De todo modo, é inócua qualquer discussão de inconstitucionalidade, seja em função da garantia da prévia e justa indenização, ou mesmo em razão do desrespeito ao ideal da solidariedade do princípio democrático, pois o pagamento em títulos da dívida pública é uma exceção – ao contrário do pagamento em precatórios, que é regra geral, excepcionada pela garantia da justa e

vigésimo ano, quando emitidos para indenização de imóvel com área superior a cento e cinquenta módulos fiscais. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)”

²¹⁰ O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que incide juros compensatórios no caso de desapropriação de imóveis improdutivos, para fim de reforma agrária. Nesse sentido, é o que ficou consignado na seguinte decisão: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. 284/STF. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. REFORMA AGRÁRIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEL IMPRODOTIVO. INCIDÊNCIA. TERMO A QUO E PERCENTUAL. SÚMULA 618/STF. [...] 2. A incidência de juros compensatórios na desapropriação de imóvel improdotivo. 2.1. A eventual improdutividade do imóvel não afasta o direito aos juros compensatórios, pois esses restituem não só o que o expropriado deixou de ganhar com a perda antecipada, mas também a expectativa de renda, considerando a possibilidade do imóvel ‘ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada, ou até ser vendido com o recebimento do seu valor à vista’ (REsp 453.823/MA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJU de 17.05.04). Precedentes: REsp 675.401/RO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 10.09.09; REsp 984.965/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 04.08.09; REsp 1.099.264/PA, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 19.08.09; REsp 1.034.014/CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJU de 26.06.08; REsp 1.090.221/PE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 29.09.09; REsp 1.066.839/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 31.08.09. 2.2. São indevidos juros compensatórios quando a propriedade se mostrar impassível de qualquer espécie de exploração econômica seja atual ou futura, em decorrência de limitações legais ou da situação geográfica ou topográfica do local onde se situa a propriedade, nos termos do entendimento sedimentado na Primeira Seção desta Corte nos autos dos EREsp 519.365/SP, de relatoria do Exmo. Senhor Ministro Teori Albino Zavascki. [...] Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução nº 8/STJ” (REsp 1116364/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 10 set. 2010).

²¹¹ Nesse sentido, também é o entendimento de José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 908 *et seq.*): “Há, de início, uma crítica a fazer sobre a redação do dispositivo em análise: a de que não se pode ter como *prévia* uma indenização que será satisfeita com títulos da dívida agrária, *resgatáveis em até vinte anos*. Ainda que se compreenda o intuito do legislador constituinte no sentido de possibilitar o pagamento da indenização, relativa à desapropriação para fins de reforma agrária, mediante entrega de títulos da dívida agrária ao expropriado, por ser praticamente impossível realizar-se tal reforma indenizando-se o desapropriado com dinheiro, não há dúvida, entretanto, de que pagamento dessa natureza não pode ser tido como *prévio*. Teria sido mais lógico e racional que o constituinte houvesse aludido, simplesmente, à possibilidade do pagamento de justa indenização, para fins de reforma agrária, sem se referir à *previdência* da mesma, como, aliás, ocorria com o art. 161 da EC1/69”.

prévia indenização – trazida pelo legislador constituinte originário para a desapropriação para fins de reforma agrária.

A mencionada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001, determinou que todo imóvel rural de domínio público ou particular, objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência (artigo 2º, §6º, da Lei nº 8.629/1993). Essa modificação, ao que tudo indica, visa conferir uma atuação mais independente ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) na realização dos assentamentos agrários, cuja atuação era muito direcionada pela pressão dos movimentos sociais, como o “Movimento dos Sem Terras”, bem como para diminuir o empoderamento desses movimentos²¹². Isso ficou evidenciado com as novas disposições trazidas nos §§7º a 9º, do artigo 2º, da Lei nº 8.629/1993, que pretendeu punir pessoas envolvidas em atos de esbulho e ocupações de imóveis, bem como entidades que apoiassem, de qualquer forma, esses atos²¹³.

²¹² Essa Medida Provisória foi elaborada após o “Movimento Sem Terras” ter invadido a Fazenda do ex-presidente da República, o Sr. Fernando Henrique Cardoso, localizado em Buritis, Minas Gerais, em 2001. Cristiane de Souza Reis (2008) relaciona a atuação dos movimentos sociais com o número de assentamentos rurais ocorridos pelo Governo Federal: “O governo de Itamar Franco (1992-1994) retomou os projetos de reforma agrária, sendo aprovado um programa emergencial para o assentamento de 80 mil famílias, no entanto somente 23 mil foram atendidas, com a implantação de 152 projetos, numa área de um milhão 229 mil hectares. No final de 1994, após 30 anos da promulgação do Estatuto da Terra, o total de famílias beneficiadas pelo governo Federal e pelos órgãos estaduais competentes, em projetos de reforma agrária e de colonização, foi da ordem de 300 mil, estimativa sujeita a correções, dada a diversidade de critérios e a falta de recenseamento no período 1964-1994. Já o Governo de Fernando Henrique Cardoso [...] teve uma meta de assentamento de 280 mil famílias, em seu primeiro mandato. Os números do Incra mostram que em 1996, no ano em que aconteceu o massacre de Eldorado, foram assentadas 62 mil famílias. Em 1997, 82 mil e, no ano seguinte, 101 mil - um crescimento de 23% de um ano para o outro e de 63% em dois anos, reflexo do massacre. De acordo com Gilmar Mauro, membro da coordenação nacional do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), em publicação do próprio MST, ‘Carajás foi um fato marcante, que acabou colocando a reforma agrária em debate nacional. A partir daí o tema começa a ganhar uma nova dimensão política’ [...] No primeiro mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foram assentadas 381 mil famílias [...], resultado este menor do que o definido no Plano Nacional de Reforma Agrária (PNRA), que seria na ordem 400 mil. [...] Se as autoridades públicas agem de alguma forma no caminho da reforma agrária o fazem por pressão, em razão das atividades de luta dos movimentos sociais”.

²¹³ “Art. 2º [...] §7º Será excluído do Programa de Reforma Agrária do Governo Federal quem, já estando beneficiado com lote em Projeto de Assentamento, ou sendo pretendente desse benefício na condição de inscrito em processo de cadastramento e seleção de candidatos ao acesso à terra, for efetivamente identificado como participante direto ou indireto em conflito fundiário que se caracterize por invasão ou esbulho de imóvel rural de domínio público ou privado em fase de processo

Realizada a desapropriação, a União tem o prazo de até três anos, contados da data de registro do título translativo de domínio, para destinar a respectiva área aos beneficiários da reforma agrária, admitindo-se, para tanto, formas de exploração individual, condominial, cooperativa, associativa ou mista (artigo 16). O assentamento deverá ocorrer em terras economicamente úteis (artigo 17), sob a forma de títulos de domínio, concessão de uso ou concessão de direito real de uso (artigo 18), inegociáveis por dez anos (artigo 18, §1º).

Para a realização do reassentamento, a Lei nº 8.629/1993 exige, dentre outras, as seguintes condições: (i) realização prévia de estudo sobre a viabilidade econômica e a potencialidade de uso dos recursos naturais²¹⁴ (artigo 17, I); (ii) a concordância dos beneficiários dos projetos acerca das condições de obtenção das terras destinadas à implantação dos projetos de assentamento, quanto ao preço a ser pago pelo órgão federal executor do programa de reforma agrária²¹⁵ e com relação aos recursos naturais (artigo 17, II); (iii) a elaboração de um Plano de Desenvolvimento de Assentamento para os projetos criados, que fixará as normas técnicas para a sua implantação e os respectivos investimentos (artigo 17, III); atendimento à ordem

administrativo de vistoria ou avaliação para fins de reforma agrária, ou que esteja sendo objeto de processo judicial de desapropriação em vias de imissão de posse ao ente expropriante; e bem assim quem for efetivamente identificado como participante de invasão de prédio público, de atos de ameaça, seqüestro ou manutenção de servidores públicos e outros cidadãos em cárcere privado, ou de quaisquer outros atos de violência real ou pessoal praticados em tais situações. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) §8º A entidade, a organização, a pessoa jurídica, o movimento ou a sociedade de fato que, de qualquer forma, direta ou indiretamente, auxiliar, colaborar, incentivar, incitar, induzir ou participar de invasão de imóveis rurais ou de bens públicos, ou em conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, não receberá, a qualquer título, recursos públicos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) § 9º Se, na hipótese do § 8º, a transferência ou repasse dos recursos públicos já tiverem sido autorizados, assistirá ao Poder Público o direito de retenção, bem assim o de rescisão do contrato, convênio ou instrumento similar. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)”. Por outro lado, a Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001, ao incluir o artigo 2-A, na Lei nº 8.629/1993, buscou punir também qualquer proprietário ou possuidor que simular ou fraudar uma hipótese de esbulho ou invasão de terrenos com o intuito de vedar qualquer atuação estatal para desapropriação de seu terreno ou para prejudicar assentados.

²¹⁴ A Norma de Execução do INCRA nº 95/2010, dispõe que o Laudo Agrônomico de Fiscalização deve “conter parecer quanto à viabilidade técnica e ambiental do imóvel rural para o assentamento de trabalhadores rurais, tendo como referência os parâmetros estabelecidos no Diagnóstico Regional e deverá ser conclusivo acerca do o cumprimento da função social da propriedade” (artigo 9º §5º).

²¹⁵ Nos termos do artigo 7º, da Norma de Execução do INCRA nº 95, de 27 de agosto de 2010, o INCRA é o órgão federal competente para fiscalizar o cumprimento da função social da propriedade rural, previsto no artigo 186, da Constituição da República de 1988.

preferencial de aquisição, definido no artigo 19²¹⁶ e as vedações descritas no artigo 20²¹⁷; (v) consolidação dos projetos de assentamento integrantes dos programas de reforma agrária dar-se-á com a concessão de créditos de instalação e a conclusão dos investimentos, bem como com a outorga do instrumento definitivo de titulação (artigo 17, V); (vi) celebração de contrato de concessão de uso no qual se estipularão os direitos e obrigações da entidade concedente e dos concessionários (artigo 18, §2º), se este não optar pela concessão de direito real de uso, com condições a serem definidas em regulamento, ou pelo título de domínio, no qual será realizado mediante pagamento de um valor de alienação definido em planilha referencial de preços (artigo 18, §§3º e 4º); (vii) os lotes a serem distribuídos não poderão ter área superior a dois módulos fiscais ou inferior à fração mínima de parcelamento (artigo 18-A); (viii) a resolubilidade do contrato de concessão de uso, de concessão de direito real de uso ou translativo de domínio, caso haja descumprimento de quaisquer obrigações assumidas pelo adquirente ou concessionário (artigo 22).

Como se viu, antes de realizar a desapropriação do imóvel, para fins de reforma agrária, a União, por meio do INCRA, deve realizar diversas medidas administrativas que busquem avaliar o nível de produtividade (grau de utilização e grau de eficiência) do imóvel rural, bem como o desatendimento de sua função social. Anteriormente à realização da desapropriação, a fase administrativa deve pautar-se em estudo sobre a viabilidade econômica e a potencialidade de uso dos recursos naturais.

²¹⁶ “Art. 19. O título de domínio, a concessão de uso e a CDRU serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente de estado civil, observada a seguinte ordem preferencial: (Redação dada pela Lei nº 13.001, de 2014) I - ao desapropriado, ficando-lhe assegurada a preferência para a parcela na qual se situe a sede do imóvel; II - aos que trabalham no imóvel desapropriado como posseiros, assalariados, parceiros ou arrendatários; III - aos ex-proprietários de terra cuja propriedade de área total compreendida entre um e quatro módulos fiscais tenha sido alienada para pagamento de débitos originados de operações de crédito rural ou perda na condição de garantia de débitos da mesma origem; (Inciso incluído pela Lei nº 10.279, de 12.9.2001) IV - aos que trabalham como posseiros, assalariados, parceiros ou arrendatários, em outros imóveis; (Inciso renumerado pela Lei nº 10.279, de 12.9.2001) V - aos agricultores cujas propriedades não alcancem a dimensão da propriedade familiar; (Inciso renumerado pela Lei nº 10.279, de 12.9.2001) VI - aos agricultores cujas propriedades sejam, comprovadamente, insuficientes para o sustento próprio e o de sua família. (Inciso renumerado pela Lei nº 10.279, de 12.9.2001) Parágrafo único. Na ordem de preferência de que trata este artigo, terão prioridade os chefes de família numerosa, cujos membros se proponham a exercer a atividade agrícola na área a ser distribuída.”

²¹⁷ “Art. 20. Não poderá ser beneficiário da distribuição de terras, a que se refere esta lei, o proprietário rural, salvo nos casos dos incisos I, IV e V do artigo anterior, nem o que exercer função pública, autárquica ou em órgão paraestatal, ou o que se ache investido de atribuição parafiscal, ou quem já tenha sido contemplado anteriormente com parcelas em programa de reforma agrária.”

Depois de realizados todos os atos necessários para aferir se o imóvel rural descumpre sua função social, somente assim será expedida a declaração de interesse social, mediante decreto do Presidente da República, o que – caso não haja a desapropriação amigável – viabilizará o ajuizamento da ação de desapropriação, cujo procedimento sumário foi regulamentado pela Lei Complementar nº 76/2003.

Conforme dispõe a Lei Complementar nº 76/2003, a ação judicial deve ser proposta dentro de dois anos contados da publicação do decreto declaratório (artigo 3º). A petição inicial deverá incluir, além dos requisitos previstos pela legislação processual (artigo 5º): (i) o decreto declaratório publicado; (ii) as certidões atualizadas de domínio e de ônus real do imóvel; (iii) o documento cadastral do imóvel; (iv) o laudo de vistoria e avaliação administrativa²¹⁸; (v) comprovante de lançamento de títulos da dívida agrária correspondente ao valor ofertado para pagamento da terra nua e; (vi) comprovante de depósito bancário do valor avaliado para pagamento das benfeitorias úteis e necessárias.

Recebida a ação, independente de alegação de urgência, de plano ou em quarenta e oito horas, o Juiz determinará a imissão na posse do imóvel, a citação do expropriando para apresentar contestação e indicar o assistente técnico, se quiser, bem como expedirá mandado de averbação do ajuizamento da ação no Cartório de Registro de imóveis (artigo 3º).

A imissão na posse *initio litis*, independente de alegação de urgência, é uma característica do procedimento sumário da ação de desapropriação, para fins de reforma agrária, de duvidosa constitucionalidade. Em vista dos requisitos constitucionais para o deferimento dessa modalidade de desapropriação, é necessário que seja reservada ao expropriado a oportunidade de se defender quanto à suposta alegação de improdutividade ou ausência de atendimento da função social da propriedade, o que poderá ser realizado nos próprios autos da ação de desapropriação, através de quesitos a serem respondidos pela perícia técnica. Nesse sentido, a

²¹⁸ Nesse laudo, o artigo 5º, IV, Lei Complementar nº 76/2003, determina que deve conter os seguintes elementos: “a) descrição do imóvel, por meio de suas plantas geral e de situação, e memorial descritivo da área objeto da ação; b) relação das benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias, das culturas e pastos naturais e artificiais, da cobertura florestal, seja natural ou decorrente de florestamento ou reflorestamento, e dos semoventes; c) discriminadamente, os valores de avaliação da terra nua e das benfeitorias indenizáveis”.

jurisprudência tem entendido que é possível negar a imissão prévia da posse, quando houver fundada dúvida acerca da alegada improdutividade do terreno²¹⁹.

O artigo 9º, da Lei Complementar nº 76/1993, prevê que a contestação poderá “versar matéria de interesse da defesa, excluída a apreciação quanto ao interesse social declarado”. (BRASIL, 1993). Todavia, a perícia técnica ficará adstrita a pontos impugnados do laudo de vistoria administrativa, dentre eles, supostas constatações de graus de eficiência e utilização que tenham amparada eventual conclusão infundada de improdutividade do bem (artigo 9º, §1º). Diante disso, não há como evitar que o próprio mérito da declaração de interesse social seja analisado, quando se desconstitui, pela prova pericial, a alegação de que o imóvel a ser desapropriado é improdutivo²²⁰. Na contestação também poderá ser exercido o *direito de extensão*, previsto no artigo 4º, da Lei Complementar nº 76/1993, desde que o imóvel fique reduzido em tamanho inferior ao da pequena propriedade rural, ou tenha seu aproveitamento econômico prejudicado (artigo 4º). Como já tivemos a oportunidade de expor, por mais que o Decreto-lei nº 3.365/1941 não tenha previsto o direito de extensão, a jurisprudência²²¹ o reconhece, na hipótese em que a área remanescente fica desprovida de qualquer proveito econômico. Todavia, a previsão desse direito na Lei Complementar nº 76/2003 foi uma medida adequada para amenizar eventuais injustiças na desapropriação por interesse social.

No processo, será realizada audiência de conciliação, buscando-se o acordo quanto ao valor da justa indenização (artigo 6º), bem como ocorrerá audiência de instrução e julgamento, no prazo máximo de quinze dias depois de realizada a perícia técnica (artigo 11). Interessante relatar que, se a instância superior, em sede de

²¹⁹ É pacífica a orientação jurisprudencial no Tribunal Regional Federal – 1ª Região, como se verifica do trecho do seguinte Acórdão: “A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que é possível a suspensão da imissão provisória na posse do imóvel nos casos de dúvida no tocante à sua produtividade, notadamente quando discutida em sede de ação autônoma, para evitar que a parte expropriada suporte danos de difícil reparação” (AG 0023249-58.2013.4.01.0000 / GO, Rel. Des. Federal Ney Bello, Terceira Turma, e-DJF1 p.455 de 19 set. 2014).

²²⁰ Harada (2005, p. 47) bem pontua, em pé de página, que “se a contestação pode versar sobre qualquer matéria de interesse da defesa, embora a lei tenha excluído a apreciação quanto ao interesse social declarado, não exclui o exame do enquadramento da propriedade desapropriada [sic] na hipótese constitucional autorizadora da desapropriação para fins de reforma agrária. Do contrário, seria inócua a disposição do art. 185 da CF que veda a desapropriação de determinadas propriedades. Trata-se de um direito subjetivo material do expropriado a ser exercitado nos próprios autos da desapropriação”.

²²¹ Nesse sentido, é o que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, pelo Resp nº 986386/SP.

apelação, fixar valor superior para a justa indenização, a Lei Complementar nº 76/1993, em seu artigo 15, determina a complementação da diferença – inclusive das benfeitorias – por meio de depósito e, não mediante o pagamento por meio de precatórios. Como já expusemos, o depósito da diferença encontrada na sentença – em caso de prévio depósito, para fins de imissão prévia na posse – ou pela instância superior, em sede de apelação, deve ser a regra geral também para as desapropriações para fins de utilidade pública, disciplinadas pelo Decreto-lei nº 3.365/1941²²². De todo modo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 247.866-1/CE²²³, confirmou o entendimento jurisprudencial sobre a matéria declarando inconstitucional a expressão “em dinheiro”, para as benfeitorias úteis e necessárias, contida no artigo 14, da Lei Complementar nº 76/1993, pois pautado na premissa de que a regra geral para pagamento da dívida da Fazenda Pública é por meio da sistemática dos precatórios judiciais.²²⁴

²²² Harada (2005, p. 45) se posiciona contrariamente a esse entendimento, da seguinte forma: “Em caso de reforma da sentença, com aumento do valor da indenização fixada em primeira instância quanto aquela complementar determinada pelo tribunal serão depositadas, sem observância à regra do art. 100 da CF; a interpretação literal desses textos conduzirá à sua inconstitucionalidade. Cabível o entendimento de que os textos referem-se ou aplicam-se apenas ao valor da terra nua, cujo depósito far-se-á em títulos da dívida agrária. Não se pode conceber que a desapropriação de propriedade que não está cumprindo a função social seja contemplada com pagamento imediato da indenização fixada, ao passo que o pagamento das desapropriações de propriedades que cumprem a função social, regidas pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, fica submetido ao regime dos precatórios judiciais que, às vezes, prolongam-se através de décadas”. Esse posicionamento, para nós, somente reforça a inconstitucionalidade do entendimento de que é aplicável o regime dos precatórios para qualquer tipo de desapropriação, por representar uma medida antissolidária que frustra evidentemente a garantia do prévio pagamento da justa indenização.

²²³ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS. ALEGADA OFENSA DOS ARTS. 14, 15 E 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76/93 AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O art. 14 da Lei Complementar nº 76/93, ao dispor que o valor da indenização estabelecido por sentença em processo de desapropriação para fins de reforma agrária deverá ser depositado pelo expropriante em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, contraria o sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no art. 100 e parágrafos. Os arts. 15 e 16 da referida lei complementar, por sua vez, referem-se, exclusivamente, às indenizações a serem pagas em títulos da dívida agrária, posto não estar esse meio de pagamento englobado no sistema de precatórios. Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e,” contida no art. 14 da Lei Complementar nº 76/93” (RE 247866, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 24 nov. 2000 pp. 00105).

²²⁴ Em função dessa decisão do Recurso Extraordinário nº 247.866-1/CE, o Senado Federal editou a *Resolução nº 19, de 2007*, suspendendo a execução de parte do artigo 14, da Lei Complementar nº 76/1993, referente à expressão “em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e,”.

Em sintonia com o disposto no Decreto-lei nº 3.365/1941, a Lei Complementar nº 76/1993 veda a retrocessão, quando os imóveis desapropriados já tenham sido registrados em nome do poder expropriante (artigo 20). Sobre essa questão, cabem as mesmas considerações antes expostas o direito da retrocessão, à luz do Princípio Democrático.

Por mais que a Lei Complementar nº 76/1993 tenha pretendido estabelecer um rito sumário para a desapropriação para fins de reforma agrária, no entendimento de Harada (2005, p. 46), foram criados critérios que podem trazer mais morosidade ao processo se comparado com o procedimento definido no Decreto-lei nº 3.365/1941. Seguem as razões do autor:

A discussão quanto à incorporação da área remanescente que restar prejudicada substancialmente em suas condições de exploração econômica [direito de extensão] situação não apurável de pronto, bem como a citação dos confrontantes que tenham contestado as divisas na fase administrativa, assim como a amplitude do direito de defesa, acabará por retardar a ultimateção do processo expropriatório. É um grave e grande equívoco supor o legislador que a fixação de prazos para a prática de cada ato processual é suficiente para a agilização do processo. (HARADA, 2005, p. 47).

Importa ressaltar que a desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, não deve justificar a legitimidade social envolvida nessa via interventiva com base na instituição de um procedimento sumário. A preservação dos direitos à ampla defesa, ao contraditório e à participação ativa do expropriado nas fases administrativa e judicial, não frustrarão a busca pela justiça social que enseja essa modalidade expropriatória.

A legitimidade de um ato unilateral do Estado, como já demonstramos, somente ocorrerá quando houver a incorporação das preferências e perspectivas dos cidadãos potencialmente atingidos – beneficiários dos assentamentos e, principalmente, o expropriado – nas razões da decisão estatal. Por isso, consideramos um erro pretender conferir um caráter “sumário” para a ação de desapropriação, mesmo porque não há a necessária urgência que justifique a limitação dos direitos individuais de participação ativa e dinamizada, tanto na fase administrativa como na judicial, por aqueles que serão prejudicados pela decisão.

Ademais, a Administração Pública federal não vislumbra a fase administrativa do procedimento expropriatório como um “rito sumário”, pois busca agregar a participação dos interessados antes de proferir a decisão pela declaração de interesse social, como veremos mais a seguir.

5.1.5 Desapropriação urbanística por descumprimento da função social

A Constituição da República de 1988 trouxe uma nova hipótese de desapropriação que visa atender aos reclames da função social no contexto urbano: a desapropriação urbanística por descumprimento da função social da propriedade²²⁵. O artigo 182, *caput*, da Constituição da República de 1988 dispôs que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências urbanísticas definidas no plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (artigo 182, §§1º e 2º, da Constituição da República de 1988)²²⁶. Nesses termos, o §4º, do artigo 182, da Constituição da República, permite que o Poder Público municipal exija do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, a promoção de seu adequado aproveitamento, sob pena de, sucessivamente: (i) impor o parcelamento ou edificação compulsórios; (ii) cobrar o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e, caso ainda persista o não aproveitamento adequado do imóvel, (iii) promover a desapropriação com pagamento

²²⁵ Para José Carlos de Moraes Salles (2000, p. 935), trata-se uma nova hipótese de desapropriação por interesse social, a par das já existentes.

²²⁶ O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) apresenta, em seu artigo 41, um rol mais extenso dos Municípios obrigados a editar o Plano Diretor, *in verbis*: Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)”.

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.

Harada (2005), traduzindo a literalidade do artigo 182, §4^o²²⁷, da Constituição da República de 1988, bem expõe que para ser possível essa modalidade de desapropriação urbanística, é necessária a presença dos seguintes requisitos:

(a) que as propriedades imobiliárias a serem atingidas pela futura desapropriação integrem as áreas previamente incluídas no Plano Diretor da cidade; (b) que os proprietários desses imóveis tenham sido intimados, pelo poder público municipal, a procederem ao parcelamento ou edificação compulsórios; (c) que, descumprida a obrigação de fazer, esses mesmos proprietários tenham sido submetidos à tributação do IPTU progressivo no tempo; (d) aprovação do melhoramento por lei específica, traduzido por um plano de urbanização, reurbanização ou renovação urbana; (e) declaração de interesse social dos imóveis atingidos pelo melhoramento, por ato do Executivo; (f) autorização prévia do Senado Federal²²⁸ para emissão de títulos da dívida pública para fazer face ao pagamento do valor real da indenização e dos juros legais. (HARADA, 2005, 57 *et seq.*)

O §4^o, do artigo 182, da Constituição da República de 1988, ainda, condicionou tais exigências prévias à desapropriação urbanística por descumprimento da função social, à edição de uma lei federal regulamentadora. Independente da discussão gerada sobre a autoaplicabilidade do texto constitucional pelos Municípios, foi editada pela União a Lei nº 10.257/2001, conhecida como o “Estatuto da Cidade”, que buscou regulamentar o mencionado artigo 182.

²²⁷ Constituição da República de 1988: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] §4^o - 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 progressivo 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”.

²²⁸ A obrigatoriedade de obter a aprovação do Senado Federal para a emissão dos títulos de dívida pública conforme mencionado no §4^o, do artigo 182, da Constituição da República de 1988, tal obrigatoriedade também deriva da competência exclusiva do Senado Federal em fixar limites globais para o montante da dívida consolidada dos Municípios, bem como de estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária desses entes federativos, nos termos do artigo 52, VI e IX, da Constituição da República de 1988.

Nos termos do Estatuto da Cidade, lei municipal específica para a área incluída no plano diretor, poderá determinar o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, com as condições e prazos para a implementação da referida obrigação (artigo 5º). Considera-se subutilizado o imóvel “cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente” (artigo 5º, §1º). Esse prazo não pode ser inferior: (i) a um ano, após a notificação, para que seja protocolado o projeto de parcelamento ou edificação na prefeitura e; (ii) a dois anos, após a aprovação do referido projeto, para início das obras do empreendimento (artigo 5º, §4º). Para estabelecer tal obrigatoriedade, é necessário que o proprietário seja devidamente notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis (artigo 5º, §2º).

Se o proprietário descumprir as condições e prazos previstos para o parcelamento, edificação e utilização compulsórios, o poder público municipal poderá aplicar o IPTU, de forma progressiva, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos (artigo 7º). Essa alíquota fixada para cada ano deve ser prevista na lei específica que determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios e não poderá exceder a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada uma alíquota máxima de 15% (quinze por cento). Trata-se de medida que visa induzir o proprietário a cumprir sua obrigação de promover o adequado aproveitamento do imóvel inserido em solo urbano. Se, mesmo assim, o proprietário não promover o adequado aproveitamento no prazo de cinco anos o Município poderá adotar duas condutas: (i) poderá manter a alíquota máxima definida, respeitado o teto de 15%, sobre o valor do imóvel por tempo indeterminado²²⁹, até que se cumpra com a

²²⁹ Neste ponto, não entendemos possível a manutenção da alíquota máxima, por prazo indeterminado. A utilização do IPTU progressivo, em sua alíquota máxima, poderia demonstrar uma opção vantajosa para os cofres públicos municipais. Todavia, a utilização do tributo com efeito de confisco é vedada pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 150, IV, que possui natureza de *cláusula pétrea*, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, conforme já decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 712 e 939. Na verdade, é inadmissível que o IPTU progressivo seja utilizado como critério de arrecadação ou de confisco do bem, pois é previsto, de forma clara na Constituição da República de 1988, como um instrumento urbanístico apto a forçar o proprietário a adequar sua propriedade ao interesse público municipal. Por isso, a desapropriação urbanística por descumprimento da função social é medida obrigatória, nos termos do artigo 182, §4º, da Constituição e, por isso, não entendemos que possa ser visto como uma faculdade do Poder Público municipal, pois

referida obrigação; (ii) ou poderá promover a desapropriação urbanística, por descumprimento da função social da propriedade, com pagamento mediante títulos da dívida pública, resgatáveis até dez anos.

Além disso, o Estatuto da Cidade buscou liminar o valor da indenização devida em função da desapropriação urbanística. Nesse sentido, o artigo 8º, §2, dispôs que o valor real da indenização: (i) refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação para edificação, parcelamento ou utilização compulsório e; (ii) não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios. Além disso, determinou que “os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos” (artigo 8º, §3º).

Por fim, cabe dizer que o Estatuto da Cidade determinou que, depois de realizada a desapropriação urbanística por descumprimento da função social, o Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contados a partir de sua incorporação ao patrimônio público (artigo 8º, §4º), podendo ser efetivado diretamente ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, respeitada a obrigatoriedade do devido procedimento licitatório (artigo 8º, §5º).

5.2 A procedimentalização da fase administrativa pré-declaratória nas desapropriações para fins de reforma agrária: as especificidades deliberativas da Norma de Execução nº 95, de 27 de agosto de 2010, do INCRA

A Constituição da República de 1988, ao prever a possibilidade de desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, se preocupou em

isso poderá ensejar na distorção da natureza extrafiscal da progressividade do IPTU e se transformar em meio indireto de obter, de forma evidentemente inconstitucional, o confisco do bem. Assim, a nosso ver, a desapropriação urbanística ora em comento é um direito do proprietário – por mais que paradoxal que seja a afirmação – contra eventuais distorções geradas pelo uso abusivo do instituto do IPTU progressivo. Assim, a nosso ver, depois de cobrados mais de 5 (cinco) ano de IPTU progressivo sem o atendimento da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização do imóvel, o poder público *deverá* – e, não, “poderá”, como dispõe o artigo 8º, do Estatuto da Cidade – proceder à referida desapropriação urbanística, com pagamento em títulos da dívida pública, com emissão previamente autorizada pelo Senado Federal.

estabelecer algumas condições para aferir se um imóvel está, ou não, cumprindo sua função social (artigo 186). Para tanto, a Lei nº 8.629/1993, trouxe definições sobre o aferimento dos graus de eficiência e utilização, bem como diversas outras particularidades que deverão ser verificadas, antes de se proceder à declaração de interesse social.

Nesse contexto, tornou-se imprescindível a regulamentação de procedimentos administrativos para se planejar a obtenção de imóveis rurais e realizar a classificação fundiária do imóvel rural que constate o cumprimento, ou não, de sua função social. Para tanto, diversas normas infralegais foram editadas pela Administração Pública federal que buscou regulamentar a fase administrativa pré-declaratória nas hipóteses de desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária.

Dentre elas, é de se destacar neste trabalho a *Norma de Execução do INCRA nº 95, de 27 de agosto de 2010* (“NE-INCRA nº 95/2010”), que estabelece procedimentos administrativos e técnicos nas ações de obtenção de terras para assentamento de trabalhadores rurais, buscando incorporar diversas outras normas aplicáveis²³⁰, dos mais diversos níveis.

²³⁰ Nesse sentido, a NE-INCRA nº 95/2010 dispõe, em seu artigo 1º, o objetivo dessa normatização: “Art. 1º Estabelecer, no âmbito do Incra, os procedimentos administrativos e técnicos nas ações de obtenção de terras para assentamento de trabalhadores rurais, e tem como fundamento: I. o Capítulo III, Título VII, da Constituição da República Federativa do Brasil; II. a Lei Complementar nº 76, de 06 de julho de 1993; dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária; III. a Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; que define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação; IV. a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964; dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências; V. a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965; que institui o novo código florestal; e, demais legislações e normas relativas à conservação dos recursos naturais e à preservação do meio ambiente; e demais leis, resoluções Conama e normas de proteção ambiental; VI. a Lei nº 6.383, de 07 de dezembro de 1976; dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências; VII. a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal; VIII. a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999; que regula o processo administrativo no âmbito do poder executivo federal; IX. o Decreto nº 433, de 24 de fevereiro de 1992; dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, por meio de compra e venda; X. o Decreto nº 2.250, de 11 de junho de 1997; dispõe sobre a vistoria em imóvel rural destinado a reforma agrária e dá outras providências; XI. a Instrução Normativa/Incra nº 11, de 4 de abril de 2003; estabelece diretrizes para fixação do Módulo Fiscal de cada Município de que trata o Decreto n.º 84.685, de 6 de maio de 1980, bem como os procedimentos para cálculo dos Graus de Utilização da Terra-GUT e de Eficiência na Exploração GEE, observadas as disposições constantes da Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993; XII. a Instrução Normativa/Incra nº 34, de 23 de maio de 2006; estabelece critérios e procedimentos para a realização de acordo judicial e extrajudicial nas

A NE-INCRA nº 95/2010 desperta bastante interesse para este trabalho no que tange à *adoção de procedimentos deliberativos*, atinentes com o Princípio Democrático, para a verificação do interesse social que justificará o decreto declaratório para a desapropriação para fins de reforma agrária. Com efeito, é possível identificar normas que regulamentam parâmetros deliberativos mínimos, afinados com os preceitos deontológicos do Princípio Democrático, tal como demonstrado no segundo capítulo, quais sejam: (i) dever de a Administração Pública prestar informações e esclarecimentos acerca de suas atividades; (ii) dever de a Administração Pública justificar decisões proferidas; (iii) dever de a Administração Pública colher informações e dar oportunidade de manifestação e audiência prévia; (iv) dever de a Administração Pública adotar procedimentos administrativos para ponderação, discussão e contestação de argumentos privados e públicos anteriormente à decisão estatal que afete interesses de terceiros.

Antes da instauração do processo administrativo, que irá colher dados para elaboração do laudo de vistoria do imóvel, a *Divisão de Obtenção de Terras* definirá as áreas prioritárias de atuação com base em diagnóstico regional previamente elaborado (artigo 2º). A Câmara Técnica Regional subsidiará a coleta das informações básicas para a elaboração de diagnóstico regional e a delimitação das áreas prioritárias (artigo 2º, §1º), deixando transparecer a preocupação da Administração Pública federal com a coleta de informações adequadas para amparar sua decisão.

O processo administrativo será formalizado a requerimento do chefe da Divisão de Obtenção de Terras (artigo 3º) e somente serão reconhecidos os processos que estiverem devidamente registrados no “Módulo Obtenção de Terras do Sistema de Informações Rurais”.

ações de obtenção de terras, para fins de reforma agrária; XIII. a Instrução Normativa/Incrá nº 62, de 21 de junho de 2010; estabelece diretrizes para descentralização das decisões, fixa as alçadas decisórias dos órgãos colegiados e o fluxo de procedimentos relativos à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária; XIV. a Portaria MEPE nº 88, de 6 de outubro de 1999; proíbe a obtenção de terras rurais em áreas com cobertura florestal primária incidentes nos Ecossistemas da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, e do Pantanal Mato-Grossense e em outras áreas; XV. a Portaria/Incrá nº 143, de 11 de março de 2004; determina que os extratos simplificados dos Laudos de Vistoria e Avaliação de Imóveis Rurais, após analisados e aprovados pelo Grupo Técnico de Avaliação sejam publicados na página do Incra na internet e afixados em local visível ao público nas instalações das Superintendências regionais, por um período de cinco dias; e XVI. a Portaria/MMA nº 09, de 23 de janeiro de 2007, reconhece como áreas prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição de benefícios da biodiversidade brasileira as áreas que menciona”.

Para ser possível o levantamento de dados e informações necessários à elaboração do Laudo Agrônômico de Fiscalização, nos termos do artigo 2º, §§2º e 3º, da Lei nº 8.629/1993, deve-se realizar *prévia*²³¹ comunicação escrita ao proprietário, preposto ou seu representante legal, em uma antecedência mínima de três dias úteis, na qual deverá constar o período estimado para ingresso no imóvel rural (artigo 5º, §3º).

Com o objetivo de evitar conflito com interesses de outras entidades da Administração Pública federal e outros entes federativos, a NE-INCRA nº 95/2010 determina que o INCRA officie a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), ao órgão estadual de Meio Ambiente, à Gerência Regional do Patrimônio da União (GRPU), à Fundação Cultural Palmares, à Prefeitura Municipal e outros órgãos que julgar necessários (artigo 10).

A NE-INCRA nº 95/2010 determinou que a realização da vistoria deve ser *comunicada às entidades representativas dos trabalhadores rurais e das classes produtoras*, para que possam indicar representante técnico para acompanhar o levantamento de dados e informações (artigo 5º, §5º).

Cabe ressaltar que a Medida Provisória nº 1.577/1997 permitiu que a União delegue aos Estados a realização do cadastramento, das vistoriais e avaliações de propriedades rurais, bem como outras atribuições relativas à execução do Programa Nacional de Reforma Agrária (artigo 2º, *caput*). Essa delegação será realizada através de convênio, desde que o Estado tenha instituído um *órgão colegiado, com a participação da sociedade civil organizada*, com a finalidade de formular propostas para a adequada implementação da política agrária no âmbito estadual (artigo 2º, §1º).

²³¹ O Supremo Tribunal Federal havia declarado inconstitucional que a vistoria fosse realizada sem a previdade na comunicação ao proprietário, conforme se verifica de trecho da seguinte decisão: “A vistoria preparatória de expropriação para fins de reforma agrária não dispensa a notificação prévia dos proprietários, que tem por fim assegurar-lhes o acompanhamento dos procedimentos preliminares de apuração de dados e informações relativas ao imóvel. A falta desta notificação prévia ofende, ao mesmo tempo, os postulados constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (CF, artigo 5º, LIV e LV). Não se considera prévia a notificação para a vistoria e avaliação do imóvel recebida pelos proprietários no dia do seu início. 5. Declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade da alteração introduzida pela Medida Provisória nº 1.577/97, reeditada até a Medida Provisória nº 2.027-39, de 01.06.2000 (artigo 4º), que substituiu a expressão ‘notificação prévia’ por ‘comunicação escrita’, contida no § 2º do artigo 2º da Lei nº 8.629/93” (MS 23562, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 17 nov. 2000 pp. 00011).

Assim, essas entidades representativas de trabalhadores rurais e agricultores, nos termos do Decreto Federal nº 2.250/1997, podem indicar ao INCRA, ou ao referido órgão colegiado estadual do ente federativo conveniado, áreas passíveis de desapropriação para reforma agrária (artigo 1º, do Decreto Federal nº 2.250/1997). Feita a indicação por essas entidades representativas, o INCRA deverá proceder à vistoria no prazo máximo de cento e vinte dias, sob pena de responsabilidade administrativa (artigo 1º, parágrafo único, Decreto Federal nº 2.250/1997). Essa vistoria deve ser comunicada à referida entidade representativa dos trabalhadores e das classes produtivas, para *fazer representar* com um técnico para acompanhar o levantamento de dados e informações (artigo 2º, Decreto Federal nº 2.250/1997).

É evidente, nesse ponto, a maior preocupação em se estabelecer um mecanismo deliberativo entre o poder público e os potenciais interessados em uma eventual decisão de declaração de interesse social, para fins de reforma agrária, tais como os trabalhadores rurais e agricultores, com relação à escolha e averiguação do bem rural improdutivo. Trata-se de uma obrigatoriedade procedimental de colher informações e oportunizar a manifestação de terceiros interessados. Tanto é assim, que integra a formalização do Laudo Agrônomo de Fiscalização e da Classificação Fundiária a informação se o trabalho de fiscalização foi, ou não, acompanhado pelo proprietário, preposto ou representante legal, bem como pela entidade estadual representativa de trabalhadores rurais e dos agricultores na fase de fiscalização (artigo 9º, §1º, da NE-INCRA nº 95/2010). O direito à representação técnica e a obrigatoriedade de vistoria de imóveis indicados pela sociedade civil organizada, representativa do interesse envolvido na questão da reforma agrária cria um empoderamento aos potencialmente envolvidos que, induz, inevitavelmente, na ponderação, discussão e contestação de argumentos privados e públicos anteriormente à decisão estatal.

Depois de elaborado o Laudo Agrônomo e procedida à classificação fundiária do terreno, quanto ao cumprimento de sua função social, o INCRA deverá proceder a nova comunicação ao proprietário, preposto ou representante legal para, no prazo de quinze dias, se quiser, apresentar *impugnação administrativa* ao Superintendente Regional do INCRA (artigo 12, §1º). Com isso, objetiva-se que o

maior interessado na declaração de interesse social do imóvel – o proprietário – exerça seu direito de ampla defesa, para a devida ponderação e discussão sobre a pretensão estatal que lhe foi comunicada. A Impugnação será julgada pelo Superintendente Regional do INCRA, depois de ouvida a Divisão de Obtenção de Terras e a procuradoria regional (artigo 12, §4º). A decisão da impugnação deverá ser comunicada ao proprietário para que, no prazo máximo de dez dias, possa interpor recurso administrativo ao mesmo Superintendente Regional do INCRA, recorrível ainda, para o Comitê de Decisão Regional (artigo 12, §§5º e 6º, da NE-INCRA nº 95/2010).

Após a realização desse procedimento contraditório junto ao proprietário, se a impugnação e recursos forem indeferidos, o processo administrativo pré-declaratório resultará no “Conjunto Decreto”, para amparar a declaração de interesse social, do qual constará, dentre vários outros elementos, o parecer fundamentado da Procuradoria Regional, com relatório circunstanciado, análise da regularidade da comunicação, fundamentação legal e conclusão, bem como o parecer revisor da Divisão de Obtenção de Terras sobre a instrução processual (artigo 13, X e XI, da NE-INCRA nº 95/2010). Este parecer revisor da Divisão de Obtenção de Terras deverá abordar, de forma detalhada (artigo 13, §2º): o histórico; aspectos cadastrais; peças técnicas; resumo das razões de impugnação do proprietário, bem como o resumo das razões de indeferimento do pleito, se houver; o cumprimento da função social da propriedade; aspectos agronômicos; aspectos ambientais, mencionando o bioma e a eventual incidência em unidade de conservação; aspectos sociais e trabalhistas; viabilidade de assentamento; aspectos jurídicos; e conclusão.

Como se verifica, a NE-INCRA nº 95/2010, ao definir os requisitos que devem estar presentes no parecer que irá amparar a declaração de interesse social, especialmente o “resumo das razões de impugnação do proprietário, bem como o resumo das razões de indeferimento do pleito”, atentou para o dever democrático de justificar a posição estatal, com consideração aos argumentos privados apresentados. Com base nisso, viabiliza-se um *feedback* deliberativo entre os cidadãos potencialmente atingidos (CHAMBERS, 2003), medida essencial para incrementar a

responsividade da decisão estatal, pois possibilita o entendimento e o controle acerca dos motivos fáticos e jurídicos resultantes no ato expropriatório.

Além disso, a NE-INCRA nº 95/2010, ao estabelecer os procedimentos para a avaliação dos imóveis rurais, determinou a *ampla publicidade* do Laudo de Vistoria e Avaliação que, após a aprovação pelo setor responsável, deverá ser publicado em portal eletrônico do INCRA na rede mundial de computadores.

A ampla publicidade aqui resguardada não se deve somente à preocupação da Administração Pública federal em respeitar o princípio da publicidade que, como visto, é inerente aos preceitos deontológicos do princípio democrático. A NE-INCRA nº 95/2010 buscou, com essa ampla divulgação dos laudos de avaliação, a realização da decisão mais racional em vista do *princípio da economicidade*, diante da possibilidade de comparecimento de outros terrenos rurais, a serem oferecidos ao INCRA em condições mais vantajosas para o erário público federal. Neste ponto, a Portaria INCRA nº 143, de 11 de março de 2004, ao estabelecer o procedimento para essa ampla publicidade, assim dispôs em seu preâmbulo:

Considerando a necessidade de manter transparentes os resultados das avaliações de imóveis rurais de interesse desta autarquia; Considerando a necessidade de submeter-se as avaliações de imóveis rurais ao conhecimento de terceiros interessados ainda na fase administrativa de instrução dos processos respectivos; Considerando a possibilidade e oportunidade de haver oferta de imóveis rurais assemelhados com condições favoráveis diante da publicidade das avaliações realizadas pelo INCRA e; Considerando a necessidade de aliarem-se os princípios da publicidade e da economicidade que regem a administração pública [...]. (INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, 2004).

A Portaria INCRA nº 143/2004 determina que os extratos simplificados dos Laudos de Vistoria e Avaliação de Imóveis Rurais, após analisados e aprovados pelo Grupo Técnico de Avaliação, sejam publicados na página do INCRA na *Internet* e afixados em local visível ao público nas instalações das Superintendências regionais, por um período de cinco dias (artigo 2º). E nessa divulgação deve conter o convite aos eventuais interessados em oferecer ao INCRA, imóveis em condições assemelhadas ao anunciado, para que formalizem suas ofertas no prazo de cinco dias corridos, a contar da data da divulgação do extrato (artigo 2º, §2º). Havendo interesse do INCRA no

imóvel ofertado, deverá ser definida sua forma de obtenção em função de sua classificação fundiária (artigo 6º). O INCRA promoverá ainda adequação do preço do imóvel originariamente vistoriado e anunciado, para as novas condições da oferta apresentada, analisando os aspectos técnicos, legais e de conveniência e oportunidade de prosseguimento do procedimento administrativo correspondente à desapropriação do imóvel vistoriado, para fins de reforma agrária (artigo 7º).

Antes de proceder, contudo, à opção da desapropriação, a Administração Pública federal se preocupou em, por meio da ampla publicidade na *Internet*, obter informações que forneçam subsídios sobre a conveniência, ou não, do ato interventivo. A obrigação em colher informações e dar oportunidade de manifestação e audiência prévia, antes de ser meio que oportuniza a participação dos potencialmente envolvidos em uma decisão, é um mecanismo de aprendizado sobre as próprias orientações e estratégias de gestão, caminho necessário para que haja uma melhor efetividade do interesse público que o Estado se prestou a perseguir.

Em função disso, a NE-INCRA nº 95/2010 possibilitou que o Comitê de Decisão Regional realize audiência pública em procedimentos expropriatórios de alto grau de complexidade (artigo 15, §2º), assim considerados quando no imóvel rural houver (artigo 15, §4º): (i) instalações de complexo agroindustrial; (ii) obras de engenharia de grande porte; (iii) projeto de irrigação com áreas sistematizadas, canais, pivôs centrais e outros de custos expressivos; (iv) remanescente de floresta nativa em região antropizada, área de reflorestamento ou plano de manejo florestal sustentado, devidamente aprovado pelo órgão federal competente ou órgãos afins e; (v) outros fatores que ensejem alto grau de complexidade no processo avaliatório.

A NE-INCRA nº 95/2010 também regulamentou a aquisição de imóveis por compra e venda, de maneira deliberativa, criando procedimentos administrativos para ponderação, discussão e contestação de argumentos privados e públicos anteriormente à decisão estatal que afete interesses de terceiros. Nesse contexto, o Decreto Federal nº 443/1992 permitiu que o INCRA adquira imóveis rurais destinados à implementação de projetos integrantes do programa de reforma agrária, na forma da legislação civil (artigo 1º), de preferência em área de manifesta tensão social para o assentamento de trabalhadores rurais (artigo 2º). Definidas essas áreas de tensão social, o INCRA

procederá, diretamente ou por intermédio de terceiros, à seleção dos imóveis rurais que pretende adquirir por compra e venda, podendo ser precedida de publicação e da divulgação de edital de chamamento de proprietários rurais interessados na alienação de imóveis que têm o domínio (artigo 4º e §1º). A NE-INCRA nº 95/2010, complementado esse ponto, afirma que a aquisição de imóveis rurais para a reforma agrária, através de compra e venda, somente é admitida nas hipóteses de imóveis insusceptíveis de desapropriação por interesse social, sendo obrigatória a audiência pública, que será realizada no município onde se localiza o imóvel, sendo presidida pelo Superintendente Regional (artigo 17, §2º).

A audiência pública será convocada por edital publicado por três dias consecutivos em jornal de grande circulação, na região ou no município de localização do imóvel rural, com prazo mínimo de quinze dias de antecedência, contados a partir da primeira publicação (artigo 17, §3º) e devem ser convidados a participarem representantes (artigo 17, §4º): (i) dos Ministérios Públicos Federal e Estadual; (ii) dos Poderes Executivos e Legislativos estadual e municipal; (iii) dos movimentos sociais, federação ou Sindicato de Trabalhadores na Agricultura, federação ou Sindicato dos Produtores Rurais e; (iv) de outras entidades ou organizações com representatividade no município ou região.

Anteriormente à realização da audiência pública, é necessária a instrução do procedimento administrativo quanto aos seguintes tópicos (artigo 17, §5º): (i) razões da aquisição; (ii) regularidade do domínio; (iii) dados cadastrais; (iv) aspectos agronômicos e ambientais; (v) viabilidade e capacidade preliminar de assentamento e; (vi) preço pactuado e condições de pagamento. A ata da audiência pública será anexada ao processo administrativo e conterà os tópicos discriminados acima, os atos deliberados, a identificação e a assinatura dos participantes (artigo 17, §6º). E, os documentos produzidos na audiência pública deverão ser anexados ao processo administrativo (artigo 17, §7º). A ata da audiência pública deverá ser juntada também no conjunto na finalização do procedimento para aquisição por compra e venda de imóveis destinados à reforma agrária.

6 PELA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO PARA FINS DE UTILIDADE PÚBLICA

6.1 A declaração não deliberada de utilidade pública: pelo reconhecimento da obrigatoriedade da realização do prévio procedimento deliberativo de verificação de utilidade pública

A declaração de utilidade pública, inserida no ordenamento jurídico pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, como se viu, é um ato administrativo pelo qual, após a delimitação do bem pretendido pela Administração Pública, se inicia o procedimento expropriatório. Depois de decretada a utilidade pública, o procedimento expropriatório processará, inicialmente, por meio de uma fase executória administrativa, na qual o poder expropriante procederá às medidas finais para adequação das plantas das obras a serem realizadas, se for o caso, e, principalmente, tentará a alienação do bem declarado de utilidade pública, de forma consensual, junto ao proprietário. Se o proprietário não aceitar o valor oferecido e o poder público não aceitar a contraproposta do proprietário para a alienação do bem, o Decreto-lei nº 3.365/1941 prevê o ajuizamento da ação de desapropriação, para a discussão apenas da justa indenização.

O marco legal das desapropriações por utilidade pública se preocupou com a disciplina das questões relacionadas à fase executória, administrativa e judicial, ou seja, posteriormente à declaração de utilidade pública. Ao contrário da legislação imperial, o Decreto-lei nº 3.365/1941 se manteve totalmente omissivo quanto à fase administrativa pré-declaratória, que envolve o planejamento e a elaboração das plantas – no caso de execução de obras – e a definição dos bens que deverão ser expropriados, como se pretendesse tornar o ato administrativo da declaração de utilidade pública intangível, afastando os interessados acerca da discussão sobre a conveniência e justiça das pretensões expropriatórias. Nesse sentido, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977) pontua que:

O intuito do legislador de 1941 não foi outro do que este: dar respaldo ao poder desapropriante contra a possibilidade de o processo da impugnação

conter a exigência de medidas protelatórias, supervenientes, irrelevantes, mas que a imissão provisória na posse, em nada prejudicaria a desapropriação nos efeitos pretendidos.

[...]

No entanto, busquem-se nos arquivos judiciários, os inúmeros casos de todos conhecidos, em que o Poder Público sem mais nem menos e sem lei especial, decreta a utilidade pública de um imóvel residencial para *instalar* uma escola ou uma repartição pública, sem jamais cumprir com o seu objetivo. (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 70).

Contudo, como pondera o autor, “não podemos, assim, entender agora da mesma maneira, um dispositivo de lei votado ontem em determinadas circunstâncias ambientais”, sendo que “hoje o dispositivo pode ser o mesmo, mas diferente a inteligência de interpretá-lo.” (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 69). Por isso, “a intangibilidade do ato administrativo, sem dúvida, onde exista um sistema legal de garantias, é de uma intangibilidade não absoluta, não conflitante com o regime jurídico e a ordem constitucional.” (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 70).

A fase administrativa que precede a declaração de utilidade pública é por ele denominada de fase do “plano administrativo”. Com amparo na doutrina de Robert Wilkin, administrativista belgo, Franco Sobrinho (1977) afirma que o objetivo do “plano” é conferir ao instituto desapropriatório, um “caráter não prejudicial às relações jurídicas que se estabelecem, numa procura de equilíbrio entre partes interessadas”, pois “onde não há um plano não haverá orientação de respeito pela posição do administrado.” (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 146 *et seq.*).

O caminho institucional para a criação da declaração de utilidade pública varia de acordo com a organização administrativa de cada Estado. (SODRÉ, 1945, p. 74). Eurico Sodré (1949, p. 74) relata que, entre nós, o caminho da declaração de utilidade pública inicia por um procedimento administrativo em que “se representa” ao poder competente sobre a necessidade de uma desapropriação, ou, tratando-se de obras e serviços, “o Poder Público que as aprova ou concede, declara desde logo desapropriáveis os bens necessários à sua efetivação, sem os discriminar”. Uma vez elaborados os projetos definitivos, como pontua Sodré (1945):

[...] serão eles aprovados e para cada desapropriação que se tiver de realizar se configurará em planta o terreno respectivo de modo que essa planta,

devidamente certificada pela autoridade competente, sirva para instruir o processo judicial expropriatório”. (SODRÉ, 1945, p. 74).

Na legislação imperial, tais planos de obras e plantas dos imóveis compreendidos no plano, que demandassem a desapropriação, eram depositados na respectiva Câmara Municipal para conhecimento dos proprietários, possibilitando sua manifestação dentro do prazo de dez dias, contados da intimação, que deveria ser feita por meio de editais fixados nos órgãos administrativos competentes e publicados em jornais locais (artigo 3º, do Decreto nº 353/1845).

A autoridade competente dessa Câmara Municipal documentaria o comparecimento dos proprietários, bem como suas alegações sobre a pretensão expropriatória, mediante atermiação das alegações orais ou anexação de petições (artigo 4º, do Decreto nº 353/1845). Feitas as manifestações, a Câmara Municipal, assessorada por peritos técnicos que fossem requisitados, emitiria seu parecer, remetendo o processo para o Poder Executivo para que este proferisse sua decisão sobre a pretensão expropriatória (artigos 5º a 7º, do Decreto nº 353/1845).

Todavia, o Decreto-lei nº 3.365/1941 não previu esse expediente administrativo, como requisito para a realização da desapropriação. O marco legal das desapropriações, por utilidade pública, omitiu-se quanto à necessidade de existência de um procedimento administrativo em que se deva ouvir e considerar os interesses envolvidos em futura declaração de utilidade pública, almejando não condicionar a desapropriação à observância desse procedimento deliberativo.

O marco legal das desapropriações por utilidade pública não prevê a obrigatoriedade de se conferir amplo acesso aos interessados sobre a intenção de declarar um bem como de utilidade pública e as informações pertinentes (plantas de obras e projetos que evidenciam o interesse expropriatório), de forma a possibilitar o recebimento de manifestações de pessoas potencialmente atingidas pela futura declaração.

Sem essa condição, decretos de utilidade pública no Direito brasileiro normalmente são realizados de forma antidemocrática, pois não há a obrigatoriedade de procedimento prévio que viabilize a justificação recíproca e permita a razão pública reflexiva no decidir estatal.

Desta feita, os decretos de utilidade pública são, evidentemente, atos administrativos proferidos em desatenção aos deveres democráticos inerentes ao Princípio Democrático, que torna obrigatório o colhimento de informações, a oportunidade de manifestação e audiência prévia dos interessados, em um procedimento administrativo que seja capaz de proceder à ponderação e discussão de argumentos públicos e privados anteriormente à decisão estatal em desapropriar um bem.

Em análise ao Direito comparado, verificamos que diversos países mantêm essa procedimentalização deliberativa na fase pré-declaratória, em consideração aos interesses dos particulares envolvidos.

No Direito português, por exemplo, o Código das Expropriações (Lei nº 168/99) prevê, em seu artigo 10º, um procedimento prévio chamado de “Resolução de Expropriar”. Essa resolução de requerimento de declaração de utilidade pública deve ser fundamentada, mencionando expressa e claramente: (i) a causa de utilidade pública a prosseguir e a norma habilitante; (ii) os bens a expropriar, os proprietários e demais interessados conhecidos; (iii) a previsão do montante dos encargos a suportar com a expropriação; e (iv) o previsto em instrumento de gestão territorial para os imóveis a expropriar e para a zona da sua localização (artigo 10º, inciso 1). Essa resolução, com todos esses elementos, deve ser “notificada ao expropriado e aos demais interessados cuja morada seja conhecida, mediante carta ou ofício registrado com aviso de recepção” (artigo 10º, inciso 5). Somente depois dessas e outras formalidades previstas nessa Lei, é que o requerimento de declaração de utilidade pública – instruído com todos os atos e documentos anteriormente realizados – são remetidos à autoridade competente para decisão de declaração de utilidade pública, a qual será devidamente fundamentada (artigo 12º). (PORTUGAL, 2014).

Nesse sentido, Fernando Alves Correia (2010, p. 381) relata que o requerimento de declaração de utilidade pública, no Direito português, é um ato de iniciativa direcionado ao órgão competente para emitir a declaração de utilidade pública. O autor cita decisão do Supremo Tribunal Administrativo português, de 07 de janeiro de 2009, Proc. 707/08, na qual se decidiu que:

[...] a função primordial da notificação prevista no n.º 5 do artigo 10.º do Código das Expropriações de 1999 é comunicar ao expropriado o conteúdo da resolução de requerer a declaração de utilidade pública, dando-lhe conhecimento do início do procedimento de expropriação com antecedência em relação ao momento da declaração de utilidade pública, por forma a permitir-lhe defender nesse adequadamente os seus interesses, designadamente poder influenciar a própria declaração de utilidade pública. (CORREIA, 2010, p. 381).

Com relação ao Direito francês, Odete Medauar (1986) explica que o procedimento expropriatório:

[...] tem início por uma ‘enquete’ prévia, anterior à declaração de utilidade pública, [oportunidade em que] o futuro expropriante expõe uma nota explicativa, [apresenta] o plano geral das obras, as características principais dos trabalhos mais importantes, a apreciação sucinta das despesas. (MEDAUAR, 1986, p. 40).

Por conseguinte:

É designada uma comissão de “enquete” ou um comissário de “enquete” e no mesmo ato de designação se determinam os horários e locais em que o público poderá tomar conhecimento desse “dossier” e formular suas observações em registro aberto com essa finalidade. A comissão ou comissário examina as observações, ouve pessoas cuja opinião lhe pareça útil e também o futuro expropriante, se este o solicitar. Quando as conclusões da comissão ou do comissário são favoráveis, a utilidade pública pode ser declarada seja por ato do ministro ou ministros interessados, seja por ato conjunto dos “préfets” interessados, seja por decreto do Conselho de Estado, conforme os casos especificados no Código de Desapropriação. (MEDAUAR, 1986, p. 40 *et seq.*)

Como aponta a autora citada acima, no Direito belga também há a fase administrativa pré-declaratória que se inicia por uma verificação (“enquete”), oportunidade em que o plano de desapropriação – contendo os locais atingidos, a relação dos bens e os nomes dos proprietários, conforme os dados cadastrais – é depositado na sede da Administração da *comuna* onde os bens se situam. (MEDAUAR, 1986, p. 46). Logo após, os “proprietários dos bens atingidos deverão ser notificados individualmente sobre o depósito do plano, que deverão ser divulgados [*sic*] também por meio de cartazes”, para apresentarem reclamações ou observações escritas ou orais a respeito do plano, que é passível de alterações. (MEDAUAR, 1986, p. 46).

O Direito espanhol também prevê a necessidade de procedimento deliberativo. Todavia, prevê a deliberação posteriormente à declaração de utilidade pública, com o objetivo de certificar sobre a necessidade, ou não, de o Estado se apropriar dos bens indicados na declaração. Conforme dispõe a *Lei de 16 de dezembro de 1954, de expropriação forçosa*, depois de declarada a utilidade pública, a Administração resolverá sobre a necessidade concreta de ocupar os bens ou adquirir os seus direitos que sejam estritamente indispensáveis para a finalidade da expropriação (artigo 15). A Administração beneficiada pela expropriação é obrigada a formular uma relação completa e individualizada que descreva, nos seus aspectos materiais e jurídicos, todos os bens ou direitos que considerem necessária a expropriação, documento este que pode ser substituído pelo projeto de obra ou serviço aprovado em que compreenda os bens a serem desapropriados, acompanhado dos respectivos efeitos gerados aos particulares envolvidos (artigo 17). Munida desses documentos, a autoridade competente iniciará *período de informação pública*, por quinze dias, cuja relação de documentos será *publicada* no jornal oficial do Estado e no da respectiva província do bem, ou, se for o caso, em jornal de maior circulação dessa província, bem como será enviada a publicação aos conselhos locais para afixação em local conveniente (artigo 18). Qualquer pessoa poderá *apresentar razões escritas* para apontar possíveis erros ou opor-se por razões materiais ou formais, sobre a suposta necessidade de ocupação do bem, caso em que deverá fundamentar os motivos pelos quais entende porque se devam expropriar outros bens, que não os relacionados, para o fim público perseguido pelo poder expropriante (artigo 19). Em análise a tais alegações, a autoridade competente decidirá, em vinte dias, sobre a necessidade da ocupação dos bens apontados, designando o nome de todos os interessados os quais irão participar do procedimento expropriatório (artigo 20). Com essa decisão é que se considera iniciado “o expediente expropriatório” (artigo 21). Contra essa decisão, os interessados no procedimento expropriatório poderão interpor recursos, no prazo de dez dias, a contar da notificação pessoal, para o Ministério correspondente, podendo conferir efeito suspensivo, se assim for dito expressamente (artigo 22)²³².

²³² Assim dispõe, na redação original, Lei de 16 de dezembro de 1954, de expropriação forçosa, acerca do procedimento de verificação na necessidade de ocupação dos bens indicados na declaração de

A “*Lei Alemã para a aquisição de terras*”, de 23/02/1956, da República Federal da Alemanha, trazida à colação por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977, p. 523 *et seq.*), espelha a preocupação do Direito alemão com a deliberação pública quanto à decisão de desapropriação de um bem de particular. De acordo com essa Lei, o plano administrativo realizado pelo órgão competente deve evidenciar os terrenos a serem atingidos pela desapropriação e comunicar publicamente à comunidade interessada, dentro do prazo de um mês, caso em que qualquer interessado poderá fazer objeções aos planos ou requerimento de desapropriação. (FRANCO

utilidade pública: “*Artículo 15 - Declarada la utilidad pública o el interés social, la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación. Mediante acuerdo del Consejo de Ministros podrán incluirse también entre los bienes de necesaria ocupación los que sean indispensables para previsibles ampliaciones de la obra o finalidad de que se trate. [...] Artículo 17 - 1. A los efectos del artículo 15, el beneficiario de la expropiación estará obligado a formular una relación concreta e individualizada, en la que se describan, en todos los aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación. 2. Cuando el proyecto de obras y servicios comprenda la descripción material detallada a que se refiere el párrafo anterior, la necesidad de ocupación se entenderá implícita en la aprobación del proyecto, pero el beneficiario estará igualmente obligado a formular la mencionada relación a los solos efectos de la determinación de los interesados. Artículo 18 - 1. Recibida la relación señalada en el artículo anterior, el Gobernador civil abrirá información pública durante un plazo de quince días. 2. Cuando se trate de expropiaciones realizadas por el Estado, dicha relación habrá de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» y en el de la provincia respectiva y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, si lo hubiere, comunicándose además a los Ayuntamientos en cuyo término radique la cosa a expropiar para que la fijen en el tablón de anuncios. Artículo 19 - 1. Cualquier persona podrá aportar por escrito los datos oportunos para rectificar posibles errores de la relación publicada u oponerse, por razones de fondo o forma, a la necesidad de la ocupación. En este caso indicará los motivos por los que deba considerarse preferente la ocupación de otros bienes o la adquisición de otros derechos distintos y no comprendidos en la relación, como más conveniente al fin que se persigue. 2. En el caso previsto en el párrafo 2 del artículo 17, cualquier persona podrá formular alegaciones, a los solos efectos de subsanar posibles errores en la relación. Artículo 20 - A la vista de las alegaciones formuladas por quienes comparezcan en la información pública, el Gobernador civil, previas las comprobaciones que estime oportunas, resolverá, en el plazo máximo de veinte días, sobre la necesidad de la ocupación, describiendo en la resolución detalladamente los bienes y derechos a que afecta la expropiación, y designando nominalmente a los interesados con los que hayan de entenderse los sucesivos trámites. Sólo tendrán la condición de interesados a estos efectos las personas definidas en los artículos 3.º y 4.º. Artículo 21 - 1. El acuerdo de necesidad de ocupación inicia el expediente expropiatorio. 2. Dicho acuerdo se publicará en igual forma que la prevista en el artículo 18 para el acto por el que se ordene la apertura de la información pública. 3. Además habrá de notificarse individualmente a cuantas personas aparezcan como interesadas en el procedimiento expropiatorio, si bien en la exclusiva parte que pueda afectarlas. Artículo 22 - 1. Contra el acuerdo de necesidad de ocupación se dará recurso de alzada ante el Ministerio correspondiente, que podrán interponer los interesados en el procedimiento expropiatorio, así como las personas que hubieran comparecido en la información pública. 2. El plazo para la interposición del recurso será el de diez días, a contar desde la notificación personal o desde la publicación en los «Boletines Oficiales», según los casos. 3. El recurso habrá de resolverse en el plazo de veinte días. La interposición del recurso de alzada surtirá efectos suspensivos hasta tanto se dicte la resolución expresa. Contra la orden ministerial resolutoria del recurso no cabrá reclamar en la vía contencioso-administrativa”.*

SOBRINHO, 1977, p. 537). Findo o prazo e recebidas as manifestações, o plano deverá ser discutido com os participantes em prazo a ser indicado no processo administrativo. (FRANCO SOBRINHO, 1977, p. 538).

A omissão quanto à necessidade de um prévio procedimento deliberativo para a declaração de utilidade pública evidencia a perspectiva do Decreto-lei nº 3.365/1941 de *valorização do ato administrativo em detrimento do procedimento administrativo*. Isso não reflete a moderna tendência do Direito Administrativo em valorizar o procedimento administrativo como caminho imprescindível ao ato administrativo, no qual este seria a conclusão de toda a atividade cognitiva previamente realizada naquele.

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (2003) bem expõe esse fenômeno. Segundo esse autor, a despreocupação com o procedimento administrativo era uma consequência lógica da “clássica perspectiva actocêntrica”, fruto de uma perspectiva jurisdicional da Administração Pública, na qual o objeto da decisão é o ato final e somente esse era realçado. (SILVA, 2003, p. 302). Por isso, o procedimento administrativo “ou não era considerado de todo, ou era considerado apenas para explicar a formação da decisão final da Administração, enquanto simples instrumento ao serviço do acto administrativo e não de uma forma autónoma.” (SILVA, 2003, p. 302). Como reconheceu a doutrina italiana, o procedimento, antes explicado através do conceito de ato administrativo, passou a conceber o “ato” como um mero resumo dos elementos pré-formados no decorrer do procedimento. (SILVA, 2003, p. 302 *et seq.*).

Como aponta Vasco Manuel (2003), a guinada para a valorização do procedimento administrativo, em detrimento do ato, amparou-se em duas vantagens que foram vislumbradas, em comparação à concepção “actocêntrica” anterior.

Primeiro, seria a possibilidade de uniformização do tratamento dogmático de toda a atividade administrativa: em que pese a complexidade da função administrativa em determinadas searas, o procedimento constitui fenômeno comum a todos os domínios da administração, sendo que nenhuma decisão é “*one shot*”, ou se esgota em um único ato; se não houver uma ordenação do procedimento, tais decisões “encavalitar-se-iam e contradizer-se-iam.” (SILVA, 2003, p. 303). Nesta perspectiva, o autor pontua que há, em nossos dias:

[...] um divórcio entre o procedimento e o ‘poder’ administrativo, pois o procedimento representaria uma estrutura de ligação entre vários sujeitos públicos e privados que colaboraram na realização de determinada função, e não como meio de mero exercício do poder. (SILVA, 2003, p. 303).

Segundo, seria “a possibilidade de entender a integralidade da actividade da Administração, assim como do seu relacionamento com os privados, ao longo do tempo, e não apenas no ‘momento’ da prática do acto administrativo.” (SILVA, 2003, p. 303). Conhecer a atividade da Administração Pública é fundamental para a transparência e controle de suas atividades. Sob essa perspectiva, o procedimento se dissocia da atividade unilateral e autoritária da Administração Pública, permitindo que o processo de tomada de decisão não pertença unicamente a ela. Seria, “antes uma espécie de ‘condomínio’, onde particulares e autoridades administrativas se tornam ‘cúmplices’, da realização das tarefas administrativas.” (SILVA, 2003, p. 304).

É no procedimento que as autoridades administrativas e os particulares manifestam os seus interesses e disso resulta que a “importância do procedimento revela-se não no seu resultado final, mas na instrução que o substancia.”²³³ (SILVA, 2003, p. 305). Isso possui sintonia com a importância do procedimento deliberativo em um Estado democrático: para que haja a legitimação democrática da atuação estatal, não importa apenas checar se a decisão é justa ou juridicamente adequada; importa apurar se ela observou as perspectivas e interesses dos potencialmente atingidos, em um prévio procedimento administrativo, em sintonia com os preceitos democráticos demonstrados no segundo capítulo deste trabalho.

Para Vasco Manuel (2003), o procedimento provoca um fenômeno em que há uma composição geral de interesses públicos e privados. E a negociação intrínseca a essa participação tanto:

[...] pode dar origem à celebração de um contrato entre particulares e autoridades administrativas [...] como tão só à concertação de todas as partes

²³³ Tal como apontado por Vasco Manuel, este é o posicionamento da doutrina italiana, que, ao defender a importância do procedimento no Direito Administrativo moderno, tenta se preocupar essencialmente “mais com a evolução da actuação administrativa do que com o seu resultado.” (SILVA, 2003, p. 309). Todavia, o autor se simpatiza mais com a doutrina alemã da “teoria da decisão”, que “considera o procedimento como condicionante da decisão final, mas não descarta a relevância autônoma desta última.” (SILVA, 2003, p. 309).

relativamente à tomada de decisões unilaterais, cujo conteúdo pode ter sido também previamente acordado. (SILVA, 2003, p. 306).

Nesse sentido, o autor reconhece que a participação não é somente medida para preservar a ampla defesa do cidadão, mas “um expediente destinado à tomada das melhores decisões administrativas, em resultado dessa cooperação” (SILVA, 2003, p. 306) – e isso reflete o dever eminentemente democrático de a Administração Pública colher informações, mediante a oportunização à manifestação e audiência prévia dos cidadãos potencialmente envolvidos em uma decisão, um dos preceitos deontológicos do Princípio Democrático mencionado no segundo capítulo deste trabalho.

Disso resulta que a declaração de utilidade pública não pode ser vista como um momento único, um ato-vontade, tal como referido por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1977, p. 72), tão menos como “início” de algo (procedimento expropriatório). Em um Estado democrático, a declaração de utilidade pública deve ser reconhecida como resultado de um procedimento, pré-definido, no qual se reconhece a importância do direito fundamental à participação dos cidadãos interessados em um expediente deliberativo em prol do reconhecimento da utilidade pública ou do interesse social. Permitir que o chefe do Poder Executivo, simplesmente, “decrete” é, evidentemente, uma conduta antidemocrática e reflete a cultura autocrática do Estado brasileiro, durante diversos governos promovidos em recessos de legitimidade política.

Por isso, como ratifica Vasco Manoel (2003, p. 306), o procedimento administrativo deve ser visto como o novo centro do Direito Administrativo. Mais ainda, o procedimento é fundamental em uma democracia, em que o “poder emana do povo”. Sem ele, por mais correta que seja uma decisão, ela nunca será democrática, diante da imprescindibilidade da deliberação pública, que se resume, a nosso ver, nos preceitos deontológicos apresentados no segundo capítulo.

Assim, entendemos ser inconstitucional a declaração de utilidade pública decretada sem um prévio procedimento de verificação de utilidade pública – desde que não haja tamanha urgência que torne essa cognição democrática prejudicial a um interesse público prevalecente. A intenção do Decreto-lei nº 3.365/1941 em prever a instauração do procedimento expropriatório sem a prévia deliberação pública acerca da declaração de utilidade pública não poderia ser recepcionada pela atual Constituição

democrática, em razão dos mencionados preceitos jurídicos decorrentes do Princípio Democrático. A procedimentalização da fase pré-declaratória, na qual se busque considerar as perspectivas e interesses dos potenciais interessados, é medida imprescindível para que a desapropriação possa ser um instrumento administrativo utilizável em um Estado democrático – respeitadas exceções criadas para se resguardar um interesse público cuja urgência demande o afastamento desse prévio procedimento deliberativo.

De todo modo, apesar de recomendável, não é imprescindível a alteração legislativa do Decreto-lei nº 3.365/1941 para viabilizar a obrigatoriedade da realização do prévio procedimento deliberativo de verificação de utilidade pública, como meio de se resguardar o Princípio Democrático. Existem diversos caminhos já institucionalizados no ordenamento jurídico brasileiro que tornariam cogente a instauração de um procedimento administrativo que culmine com a declaração de utilidade pública.

A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, por exemplo, é expressa ao afirmar que o administrado tem direito à ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, a ter vista dos autos, obter cópias de documentos e conhecer as decisões proferidas (artigo 3, II), e a formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente (artigo 3º, III). Havendo um expediente administrativo em que se aponte a necessidade de se desapropriarem determinados bens, antes de haver a declaração de utilidade pública, conforme essas normas da Lei nº 9.784/1999, o interessado teria direito à prévia instauração de processo administrativo pela Administração Pública federal, em que se preservem aspectos deliberativos já apontados, como o direito de manifestação prévia (artigos 3º, II e III, 9º, III, 31, 44), de acesso à informação (artigos 3º, II, 26), de instrução de suas manifestações (artigos 29 e seguintes), da motivação das decisões proferidas, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos (art. 50, §1º).

Outros entes federativos também preveem leis gerais sobre o processo administrativo, em que impõem as mesmas diretrizes deliberativas quando houver uma futura decisão estatal a atingir o particular. A guisa de exemplo, no caso do Estado de

Minas Gerais, a Lei nº 14.184, de 30 de janeiro de 2002, deixa consignado que o processo administrativo visa à “proteção de direito das pessoas e ao atendimento do interesse público pela Administração” (artigo 1º). Para tanto, o destinatário do processo têm o direito subjetivo a: ter ciência da tramitação de processo de seu interesse; obter cópia de documento nele contido e conhecer as decisões proferidas; ter vistas de processo; formular alegação e apresentar documento antes da decisão os quais serão objeto de consideração pela autoridade competente (artigo 8º).

Da mesma forma, a Lei Estadual nº 10.177/1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo, reconhece a predominância do procedimento ao ato administrativo, em seu artigo 21, afirmando que “os atos da Administração serão precedidos do procedimento adequado à sua validade e à proteção dos direitos e interesses dos particulares”. Os procedimentos administrativos nesse ente federativo, dentre outros requisitos de validade, deverão observar a igualdade entre os administrados, o devido processo legal, “especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados” (artigo 22). Nestes termos, “serão assegurados às partes o direito de emitir manifestação, de oferecer provas e acompanhar sua produção, de obter vista e de recorrer” (artigo 22, §1º).

Em outra perspectiva, entendemos possível defender também a *represtinação* das normas pertinentes à verificação de utilidade pública descritas no Decreto Imperial nº 353/1845. A *represtinação* é prevista no ordenamento jurídico brasileiro no Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), em seu artigo 2º, §3º, que diz que a lei revogada se restaura quando a lei revogadora perder a vigência, apenas se assim disposto. A *represtinação*, ou efeito *represtinatório*²³⁴, também ocorre, de acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal

²³⁴ Há autores que conferem sentido diferente para as expressões “*represtinação*” e “efeito *represtinatório*”. De toda forma, é irrelevante, a nosso ver, a importância ao *nomen iuris*, aceita pela doutrina e jurisprudência, pois, sendo *represtinação* ou efeito *represtinatório*, o que importa analisar é a restauração da lei revogada, seja por outra lei que revogou a lei revogadora, seja pela declaração de inconstitucionalidade da norma revogadora em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal utiliza, em várias ocasiões, as expressões “*represtinação*” e “efeito *represtinatório*” para designar o mesmo fenômeno, conforme se verifica, por exemplo, das seguintes decisões: “Aposentadoria - Decisão que a invalidou, transita em julgado. Lei complementar posterior não pode ter *efeito represtinatório* de texto anterior,

Federal quando uma norma é declarada inconstitucional, em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, como corolário lógico da declaração de seus efeitos de nulidade²³⁵. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (1999) explica que:

[...] a premissa da não-admissão dos efeitos válidos decorrentes do ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da repristinação da norma revogada. É que, a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada

nem convalidar ato desconstituído em decisão que fez coisa julgada. (RE 114689, Relator(a): Min. Oscar Correa, Primeira Turma, julgado em 11/12/1987); Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade: *efeito repristinatório*: norma anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. I. - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a *repristinação* de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade” (ADI 2574, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2002).

²³⁵ O *Supremo Tribunal Federal* já sedimentou em várias decisões judiciais a necessidade de repristinação quando há declaração incidente de inconstitucionalidade, tanto em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Vejamos trechos de alguns julgados que demonstram isso: “Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula. Não incidindo sobre facto, nela, visto ou previsto, não há facto jurídico e, via de lógica consequência, o facto não produz qualquer efeito jurídico” (RE 93173, Relator(a): Min. Firmino Paz, Segunda Turma, julgado em 15/06/1982); na ADI nº 2036, foi deferida a liminar para “suspender o artigo 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§3º, 4º, 5º, bem como dos artigos 4º, 5º e 7º a Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998”. Segundo constou na decisão liminar, “tudo recomenda, assim, sejam mantidos, até decisão final desta ação direta de inconstitucionalidade, os parâmetros da Lei nº 8.212/91, na redação primitiva”. (ADI 2036 MC, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/1999); “A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade *ab initio*). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica” (ADI 1434 MC, Relator(a): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/1996); “O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de ‘menor’ grau de positividade jurídica guardem, ‘necessariamente’, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na carta política, sob pena de ineficácia e de consequente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. - A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito. - a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na carta política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional - que extrai a sua autoridade da própria carta política - converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo” (ADI 652, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/1992).

desde a origem. Não há teoria que possa resistir a essa contradição. (BARROSO, 1999, p. 92 *et seq.*).²³⁶

Neste contexto, têm se admitido que a repristinação ocasionada por declaração de inconstitucionalidade permite também a declaração de inconstitucionalidade da lei pretensamente revogada pela norma declarada inconstitucional²³⁷. Ademais, a repristinação não é um meio que só pode ser declarada pelo legislador ou Poder Judiciário. Tal medida também pode – e deve – ser utilizada pelo Poder Executivo, na medida em que deve respeitar e fazer valer os preceitos constitucionais²³⁸.

O artigo 43, do Decreto-lei nº 3.365/1941, dispõe que ficam “revogadas as disposições em contrário”. Diante da inconstitucionalidade da inexistência de declaração de utilidade pública sem um prévio procedimento de verificação de

²³⁶ Nesse sentido, Luis Roberto Barroso (1999) menciona que a repristinação é amplamente aceita na doutrina portuguesa, citando, para comprovar essa alegação, os ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira: “Se o juízo de inconstitucionalidade afecta a validade da norma desde a sua origem, de tal modo que a declaração de inconstitucionalidade possui efeitos *ex tunc* (desde a origem da norma), então há-de ficar sem efeito o próprio acto de revogação efectuado pela norma afinal inconstitucional, pelo que o juízo de inconstitucionalidade implica a repristinação (ou reposição em vigor) das normas que tinham sido revogadas”. (BARROSO, 1999, p. 93).

²³⁷ Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal já manifestou dessa forma: “Tendo isso em conta, entendeu-se, na linha adotada pela doutrina portuguesa e pequena parte da brasileira, que o Tribunal pode sobrepor apreciar incidentalmente a constitucionalidade da lei precedente à impugnada para, julgando-a igualmente inválida, impedir sua revivescência decorrente da declaração de inconstitucionalidade da que a tenha revogado. Ressaltou-se que a recusa da repristinação se baseará em juízo similar ao da declaração incidente de inconstitucionalidade de norma cuja validade seja prejudicial da decisão principal a tomar, a qual sempre se pode dar de ofício e que nada exclui possa ocorrer no julgamento de uma ADI, onde um mesmo tribunal” (ADI 2154/DF e ADI 2258/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 14/02/2007, publicado no informativo do STF - Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007 – nº 456).

²³⁸ Vale mencionar que a Constituição da República de 1988, em seu artigo 23, I, dispõe: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”. Além disso, o artigo 85 do texto constitucional vigente determina que “são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal”. Além disso, o *Supremo Tribunal Federal* afirma que até mesmo a Administração Pública pode descumprir a norma reputada inconstitucional, podendo se servir da norma revogada para o caso, mediante a repristinação: “É constitucional decreto de chefe de poder executivo estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do poder executivo. Constitucionalidade do Decreto n. 7.864, de 30 de abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo” (RP 980, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1979). Conforme se verifica do teor desse acórdão, o Ministro Moreira Alves afirmou: “[...] acho que, desde eu é válido ao Chefe do Executivo recusar-se a cumprir lei inconstitucional, pode fazê-lo no caso concreto, ou declarar eu o fará em hipóteses futuras devidamente caracterizadas”.

utilidade pública, entendemos que, nesse ponto, não poderia o Decreto-lei nº 3.365/1941 revogar a legislação precedente. A legislação aplicável às desapropriações, em nível nacional, anteriormente ao Decreto-lei nº 3.365/1941, dispunha que “continuam em vigor as disposições da lei de 9 de setembro de 1826 e decs. ns. 353 de 1845, e 1664 de 1855, não expressamente declaradas no presente regulamento, que não houverem sido revogadas pelo dec. n. 1021 de 26 de agosto de 1903” (artigo 43, do Decreto nº 4.956/1903). Por sua vez, esse decreto estendeu para todas as obras da competência da União e Distrito Federal – posteriormente ampliado para toda a esfera nacional – o procedimento sumaríssimo definido pelo Decreto nº 816/1855, regulamentado pelo Decreto nº 1.664/1855, inicialmente definido para a construção de estradas de ferro. Se levarmos em consideração que esse procedimento sumaríssimo pretendeu, também, afastar o procedimento de verificação de utilidade pública, somente as disposições do Decreto nº 353/1845, no que tange ao procedimento de verificação de utilidade pública, seriam compatíveis com a Constituição da República de 1988.

Por isso, seria possível, com fulcro no Decreto nº 353/1845, determinar que o plano de obra ou serviço seja depositado em órgão local específico, seja no Poder Legislativo – em alusão ao artigo 3º, do Decreto nº 353/1845 – ou no Poder Executivo, seguido da convocação dos interessados previamente identificados, através de intimações expedidas individualmente, e para todos os demais, via publicação na Internet, jornais oficiais e em outros de grande circulação. Depois da notificação, deverá ser concedido o prazo de dez dias – em alusão ao Decreto nº 353/1845 – ou em outro prazo especificado em legislação referente a processos administrativos do referido ente, para que possam ser colhidas manifestações e impugnações, orais ou por escrito, em face da intenção de declaração de utilidade pública. Ultrapassado esse prazo, caberia à autoridade previamente designada, em assessoria a órgãos técnicos, proferir parecer sobre as manifestações e impugnações apresentadas, sobre questões de mérito administrativo e jurídico – conforme inteligência do artigo 6º, do Decreto 353/1845 – direcionando ao órgão designado para julgamento de tais deliberações, no caso, o chefe do Poder Executivo – conforme inteligência do artigo 7º, do Decreto nº 353/1845 e o artigo 6º do Decreto-lei nº 3.365/1941. Se necessário, a autoridade

competente procederá à instrução processual ou à consulta e audiência públicas previamente à decisão declaratória de utilidade pública, consoante normas pertinentes aplicáveis para os processos administrativos em geral.

Como se verifica, a repristinação aqui mencionada não implica a adoção da antiga sistemática do Brasil Imperial para a realização de desapropriações, mas a adoção de critérios deliberativos acerca da intenção do poder público em declarar um bem como sendo de utilidade pública, conforme diretrizes apresentadas pelo Decreto nº 353/1845 – que seriam, desde que adaptadas ao atual ordenamento jurídico-institucional, perfeitamente recepcionadas pelo Princípio Democrático aqui discutido.

Neste ponto, é importante asseverar que a adoção de um prévio procedimento administrativo de verificação de utilidade pública – como medida necessária à legitimação da competência unilateral do Estado, em sintonia aos preceitos deontológicos do Princípio Democrático – não pode prejudicar a busca de interesse público que demande rápida intervenção. Por isso, é legítimo que, diante de um fato de excepcional urgência, se autorize a dispensa da realização desse procedimento deliberativo para que, declarado o bem de utilidade pública, se possa solicitar judicialmente a imissão prévia na posse – desde que, haja prévia avaliação judicial provisória para definição da justa indenização pelo bem a ser expropriado.

Nesse contexto, seria interessante o resgate da *dicotomia “necessidade” e “utilidade” pública* para se especificar casos reputados “urgentíssimos”²³⁹ e aqueles nos quais, em tese, seria possível a cognição democrática mediante o procedimento de verificação de utilidade pública. Anteriormente à vigência do Decreto-lei nº 3.365/1941, a desapropriação por necessidade pública ocorria, conforme os preceitos definidos pela Lei de 09 de setembro de 1826, nos seguintes casos: (i) defesa do Estado; (ii) segurança pública; (iii) socorro público em tempo de fome ou outra extraordinária calamidade e; (iv) salubridade pública. O Decreto-lei nº 3.365/1941,

²³⁹ Em Portugal, essas hipóteses caracterizam o “procedimento administrativo urgentíssimo”. Como pontua o jurista português Fernando Alves Correia (2010, p. 402), a expropriação urgentíssima ocorre “quando a necessidade da expropriação decorre de *calamidade pública* ou de exigências de *segurança interna* ou de *defesa nacional*”, quando o Estado e as autoridades públicas designadas “podem tomar *posse administrativa imediata* dos bens destinados a prover à necessidade que determina a sua intervenção, *sem qualquer formalidade prévia*, seguindo-se, sem mais diligências, os estabelecidos no CE [Código de Expropriação] sobre fixação da indemnização em processo litigioso”. (grifos do autor).

como visto, incorporou esses casos como sendo de utilidade pública, em seu artigo 5º, porém da seguinte forma: (i) segurança nacional; (ii) defesa do Estado; (iii) socorro público em caso de calamidade e; (iv) salubridade pública. Nesse contexto, seria razoável, em vista do interesse público a ser resguardado, que se viesse a estabelecer esses casos como sendo de necessidade pública, para fins de possibilitar a suspensão do expediente deliberativo acima mencionado, anteriormente à declaração de utilidade pública. Todas as demais hipóteses de utilidade pública, se não justificadas em sintonia com as antigas hipóteses de necessidade pública, teriam que resguardar o procedimento deliberativo prévio à declaração de utilidade pública.

A adoção do procedimento administrativo de verificação de utilidade pública é medida que tende a tornar a desapropriação uma atividade estatal mais legítima e atinente aos preceitos democráticos, visto que busca considerar os anseios daqueles que seriam atingidos por esse ato interventivo. Nesses casos, eventuais deformidades geradas por características antidemocráticas do procedimento expropriatório definido pelo Decreto-lei nº 3.365/1941 – tais como imissão prévia na posse mediante depósito do valor oferecido e prejuízos a direitos de terceiros, por exemplo – poderiam ser mitigadas por uma participação deliberativa prévia à declaração de utilidade pública. Negar isso, injustamente, é ratificar uma conduta estatal autocrática, não condizente com os deveres jurídicos da democracia.

6.2 Princípios do Equador: pela democratização da fase executória das desapropriações por utilidade pública

Conforme a sistemática normativa do Decreto-lei nº 3.365/1941, depois de declarada a utilidade pública de um bem, inaugura-se a fase executória da desapropriação, inicialmente realizada de forma extrajudicial – na qual deve ser buscada a alienação consensual do bem pretendido pelo poder público – e, por conseguinte, judicialmente, caso não seja possível adquirir o bem consensualmente. Quanto a essa fase extrajudicial, o Decreto-lei nº 3.365/1941 apenas faz menção, em seu artigo 10, que se buscará a concretização da aquisição do bem através de acordo (artigo 10), sendo permitido, ainda, o ingresso compulsório no bem (artigo 7º). Se não

for possível a “desapropriação amigável”, poderá ser proposta ação de desapropriação até o prazo de cinco anos.

O Decreto-lei nº 3.365/1941, ao buscar amparar o direito do particular proprietário do bem a ser expropriado, o faz através da definição da necessidade de pagamento da justa indenização anteriormente à imissão definitiva na posse, exceto nos casos de imissão provisória na posse, como já discutido.

Contudo, o Decreto-lei nº 3.365/1941 não buscou amparar os direitos de terceiros atingidos pela desapropriação, a quem caberão buscar a defesa de seus direitos através do ajuizamento de ações judiciais específicas (artigos 26 e 31).

Além disso, o marco normativo das desapropriações por utilidade pública não se preocupou em proteger os particulares contra efeitos adversos das desapropriações, principalmente naquelas que demandem a realocação de moradias e de atividades econômicas. Isso, porque o Decreto-lei nº 3.365/1941 não regulamentou a devida assistência aos atingidos na manutenção de seus meios de sustento e das condições de habitabilidade de famílias removidas, as quais dependem exclusivamente da boa vontade dos governos locais.

Conforme os preceitos do Decreto-lei nº 3.365/1941, se os proprietários, atingidos pela desapropriação, não concordarem com o preço oferecido pelo poder expropriante, terão que se submeter a um longo, complexo e oneroso processo judicial sem a certeza de acolhimento de suas pretensões. Comumente, os particulares perdem a posse de seus bens – imitados em favor do poder expropriante – e lhes são alocados o ônus pela busca de outro local para sua moradia ou para a prestação de atividades econômicas que lhes forneçam os meios de subsistência, agora prejudicados pela desapropriação. O Decreto-lei nº 3.365/1941 não definiu a obrigação de o poder expropriante prestar assistência na remoção, reassentamento e readequação das atividades econômicas dos proprietários dos bens expropriados, muito menos o fez com relação aos demais terceiros prejudicados, tais como os possuidores que, normalmente, são os mais atingidos pelas desapropriações.

A verdade é que o Decreto-lei nº 3.365/1941 evidencia o caráter antissolidário do procedimento expropriatório no Direito brasileiro, pois não se preocupa com todos os ônus que são imputados aos particulares para a consecução dos

objetivos do Estado. Interesses legítimos (como o de moradia e do valor social do trabalho) são usualmente ignorados pela intervenção estatal e, ao invés de considerar tais questões na execução da decisão expropriatória, em alguns casos, apenas remeteu o direito de alguns particulares em pleitear em juízo o que reputar conveniente.

Quando se trata de concretização de grandes projetos de infraestrutura, são realizadas remoções de milhares de famílias, normalmente de baixa renda, em ambientes urbanos e rurais. Muitas vezes, comunidades construídas há décadas são atingidas por desapropriações: as pessoas que ali residem ou retiram seus meios de subsistência – seja pela agricultura, extrativismo vegetal, mineral, realização de comércio informal etc. – veem-se sem condições de adquirirem outra residência ou exercer outros meios de subsistência, justamente por não possuírem um título formal de propriedade.

Infelizmente, grandes obras realizadas no Brasil – especialmente para a Copa do Mundo da Federação Internacional de Futebol (FIFA) de 2014 e as que estão sendo realizadas para as Olimpíadas de 2016 – evidenciam a lacuna injusta e antidemocrática da atual legislação federal sobre desapropriações.

Ciente dos impactos sociais e ambientais gerados pela execução de obras de infraestruturas, dentre eles, os efeitos de desapropriações, o *International Finance Corporation* (IFC), órgão financeiro do Banco Mundial, criou os *Princípios do Equador*, que corresponde a um conjunto de *diretrizes*, a serem observadas pelas instituições financeiras que aderirem às suas regras, voltadas à avaliação, redução, mitigação e compensação dos impactos ambientais e sociais de projetos que financiam. (RIBEIRO, 2013, p. 26). Os Princípios do Equador consubstanciam em uma estrutura de gestão de riscos, adotada por instituições financeiras, para determinar, avaliar e gerenciar riscos ambientais e sociais em projetos e são destinados principalmente para fornecer um padrão mínimo para a devida diligência (*due diligence*) em processos de tomada de decisão que se apoiam em consideráveis riscos sociais e ambientais.

As instituições financeiras que aderem às diretrizes dos Princípios do Equador são conhecidas como “*Instituições Financeiras Signatárias dos Princípios do Equador*” (EPFI, da sigla em inglês). (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 3). A Associação dos Princípios do Equador é a associação sem personalidade jurídica que

reúne EPFIs membros e cujo objetivo é gerenciar, administrar e desenvolver os Princípios do Equador. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 18).

Os Princípios do Equador são uma série de diretrizes, apoiadas em Padrões de Desempenho da IFC, nas quais as instituições financeiras signatárias se comprometem a buscar a efetividade de suas regras no planejamento, execução e monitoramento de projetos de infraestrutura que estejam financiando ou assessorando, em países que, no entender do Banco Mundial, carecem de um aparato institucional e legislativo de proteção ambiental e social, como é o caso do Brasil²⁴⁰.

Nesse contexto, o Banco Mundial estabelece procedimentos de avaliação de projetos diferenciados para o que denomina de “países designados” e “países não designados”. *Países designados* são aqueles considerados pelo IFC como possuidores de uma robusta governança social e ambiental, bem como um ordenamento jurídico e capacidade institucional concebidos de modo a proteger seu povo e o ambiente natural

²⁴⁰ O *preâmbulo* dos Princípios do Equador traz à lume as finalidades de suas regras: “Projetos industriais e de infraestrutura de grande porte podem ter impactos adversos sobre a população e o meio ambiente. Como financiadores e assessores financeiros, nós trabalhamos em parceria com nossos clientes para identificar, avaliar e gerenciar riscos e impactos socioambientais de uma forma estruturada e contínua. Tal colaboração promove um desempenho socioambiental sustentável e pode levar ao aprimoramento dos resultados financeiros, ambientais e sociais. Nós, as Instituições Financeiras Signatárias dos Princípios do Equador (EPFIs, sigla em inglês), adotamos os Princípios do Equador com o intuito de garantir que os Projetos que financiamos e assessoramos sejam desenvolvidos de forma socialmente responsável e que incorporem práticas seguras de gestão ambiental. Nós reconhecemos a importância das mudanças climáticas, da biodiversidade e dos direitos humanos, e entendemos que os impactos negativos de projetos sobre os ecossistemas, as comunidades e o clima devem ser evitados sempre que possível. Se esses impactos forem inevitáveis, eles deverão ser minimizados, mitigados e/ou compensados. Acreditamos que a adoção e o cumprimento dos Princípios do Equador trazem benefícios significativos para nós, nossos clientes e as partes interessadas locais por meio do engajamento de nossos clientes com as Comunidades Locais Afetadas. Reconhecemos, portanto, que nosso papel como financiadores nos dá oportunidades de promover gestão ambiental responsável e desenvolvimento socialmente responsável, incluindo nossa responsabilidade de respeitar os direitos humanos por meio da realização de *due diligence* nos moldes propostos pelos Princípios do Equador. Os Princípios do Equador visam a servir como uma base e uma estrutura de uso comum. Comprometemo-nos com a sua implementação em nossas políticas, procedimentos e padrões socioambientais internos relativos ao financiamento de Projetos. Não concederemos financiamento do tipo *Project Finance* ou *Project-Related Corporate Loans* (Financiamentos Corporativos Dirigidos a Projetos ou PRCL, na sigla em inglês) quando o cliente não estiver disposto a – ou não tiver condições de estar – em conformidade com os Princípios do Equador. Como Empréstimos-Ponte e Serviços de Assessoria a *Project Finance* são oferecidos nas etapas iniciais do Projeto, solicitamos que o cliente comunique claramente sua intenção de atender aos Princípios do Equador. As EPFIs realizam revisões periódicas dos Princípios do Equador com base na sua experiência de implementação, de modo a refletir aprendizado contínuo e boas práticas emergentes”. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 3).

(EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 20). De acordo com o IFC²⁴¹, existem apenas trinta e um países designados, quais sejam: *Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Coréia do Sul, Dinamarca, Estados Unidos, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suécia, Suíça*. O Brasil se encontra entre os “países não-designados”, ou seja, aqueles que, para o IFC – e com razão – não exibem uma robusta governança social e ambiental e carecem de um ordenamento jurídico e de uma capacidade institucional que proteja seu povo e o ambiente natural. Na América do Sul, como se vê, o Chile é o único país inserido entre os “países designados”.

No Brasil, os principais bancos repassadores de recursos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) são signatários dos Princípios do Equador, dentre eles, Banco do Brasil, Bradesco, Itaú e Santander. (RIBEIRO, 2013, p. 26). Isso significa que “mesmo que o financiamento a um concessionário seja realizado por esses bancos com recursos do BNDES, o concessionário terá que seguir os Princípios do Equador.” (RIBEIRO, 2013, 26).

É importante ressaltar que, por serem advindos de um organismo financeiro internacional, os Princípios do Equador são de *adesão voluntária*. As instituições financeiras que aderem aos seus preceitos têm liberdade para aplicá-las, não havendo um órgão superior de controle e aplicação de sanções pelo descumprimento. Conforme aponta Maurício Portugal Ribeiro (2013, p. 30), “isso cria espaço para interpretações e aplicações muito diversas dos Princípios do Equador, tornando difícil a definição do que seria a sua interpretação e aplicação, por assim dizer, autêntica”.²⁴²

De todo modo, apesar de inexistir a coerção estatal para o cumprimento de seus preceitos, os Princípios do Equador evidenciam claramente um avanço, no que

²⁴¹ EQUATOR PRINCIPLES. Disponível em: <<http://www.equator-principles.com/index.php/ep3/designated-countries>>. Acesso em: 18 set. 2014.

²⁴² Nesse contexto, Ribeiro (2013) relata o seguinte: “Não encontrei, contudo, nenhum caso no Brasil em que bancos signatários dos Princípios do Equador exigissem de seus clientes que fosse realizado monitoramento da atividade de desapropriação e desocupação realizada pela Administração Pública e muito menos casos em que a instituição financeira tenha exigido do concessionário a realização de atividades (por meio de um Plano Complementar de Reassentamento) para aproximar as compensações recebidas pelas pessoas atingidas pelo projeto daquelas que decorrem da aplicação dos Princípios do Equador.” (RIBEIRO, 2013, p. 31).

tange à conscientização da necessidade de se resguardarem as perspectivas e interesses de todos os potencialmente atingidos – ignorados pelo Decreto-lei nº 3.365/1941 – quando da tomada de decisões estatais relacionadas à realização de obras de infraestrutura que demandem impactos sociais (como as remoções ocasionadas pelas desapropriações) e ambientais.

São dez os Princípios do Equador, a saber:

- Princípio 1: Análise e Categorização;
- Princípio 2: Avaliação Socioambiental;
- Princípio 3: Padrões Socioambientais Aplicáveis;
- Princípio 4: Sistema de Gestão Ambiental e Social e Plano de Ação dos Princípios do Equador;
- Princípio 5: Engajamento de Partes Interessadas;
- Princípio 6: Mecanismo de Reclamação;
- Princípio 7: Análise Independente;
- Princípio 8: Obrigações Contratuais;
- Princípio 9: Monitoramento Independente e Divulgação de Informações;
- Princípio 10: Divulgação de Informações e Transparência

Em “países não-designados”, como é o caso do Brasil – ou seja, aqueles países em que se reconhece uma carência de uma sólida governança social e ambiental ou que inexiste uma capacidade institucional ou jurídica para proteger sua população e o meio-ambiente natural quando da realização de grandes projetos que causem sérios impactos – os Princípios do Equador exigem que as EPFIs observem a *padrões de desempenhos*, estabelecidos pelo IFC. São oito os padrões de desempenho²⁴³ aplicáveis para os signatários dos Princípios do Equador, quais sejam:

²⁴³ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION: *Padrões de desempenho sobre sustentabilidade socioambiental*. Disponível em: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/dfa5bc804d0829b899_f3ddf81ee631cc/PS_Portuguese_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 17 ago. 2014.

- Padrão de Desempenho 1: Avaliação e Gestão de Riscos e Impactos Socioambientais;
- Padrão de Desempenho 2: Condições de Emprego e Trabalho;
- Padrão de Desempenho 3: Eficiência de Recursos e Prevenção da Poluição;
- Padrão de Desempenho 4: Saúde e Segurança da Comunidade;
- Padrão de Desempenho 5: Aquisição de Terra e Reassentamento Involuntário;
- Padrão de Desempenho 6: Conservação da Biodiversidade e Gestão Sustentável de Recursos Naturais Vivos;
- Padrão de Desempenho 7: Povos Indígenas;
- Padrão de Desempenho 8: Patrimônio Cultural.

6.2.1 Descrição dos Princípios do Equador

Antes de explicitar como os Princípios do Equador – especialmente por meio do Padrão de Desempenho nº 5 – tratam do tema das desapropriações, é necessário examinar cada um dos Princípios do Equador, a serem exigidos dos clientes públicos ou privados que as EPFIs estiverem financiando ou assessorando.

Princípio 1: due diligence para categorização do projeto. Quando uma EPFI receber um pedido de financiamento, como parte da *due diligence* interna, fará a categorização do projeto a ser financiado, com base na magnitude de seus riscos e impactos sociais ou ambientais, podendo dividir em *Categoria A* (impactos múltiplos e significativos, irreversíveis ou sem precedentes), *Categoria B* (impactos limitados e reduzidos, reversíveis e prontamente controláveis por medidas mitigatórias) e *Categoria C* (sem riscos ou impactos). (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 6).

Princípio 2: elaboração de avaliação socioambiental. Em todos os projetos das Categorias A e B, a EPFI exigirá de seu cliente a elaboração de avaliação socioambiental²⁴⁴, hipótese em que a *documentação de avaliação*²⁴⁵ deverá “propor

²⁴⁴ Avaliação Socioambiental “é um processo que identifica os riscos e impactos socioambientais potenciais (inclusive aqueles referentes aos trabalhadores e à saúde e segurança ocupacional) na área de influência de um Projeto submetido”. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 18).

medidas para minimizar, mitigar e compensar impactos negativos de modo pertinente e compatível com a natureza e a escala do Projeto proposto.” (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 6). Tratando-se de situações restritas de alto risco, pode ser solicitada uma *due diligence* específica sobre direitos humanos. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 6).

Princípio 3: verificação dos padrões de desempenho aplicáveis. O processo de avaliação socioambiental, além de verificar a conformidade do projeto com o ordenamento jurídico do país, também exigirá a sua adequação com determinados padrões: (i) em projetos localizados em “países não-designados”, se verificará a conformidade com *padrões de desempenho de sustentabilidade socioambiental da IFC* aplicáveis ao caso e com as diretrizes de meio ambiente, saúde, e segurança do Grupo Banco Mundial (EHS Guidelines, da sigla em inglês); (ii) em projetos localizados em “países designados”, deve-se verificar a adequação com o ordenamento jurídico aplicável e o atendimento aos requisitos de avaliação socioambiental (Princípio 2) acima exposto, bem como o sistema e planos de gestão (Princípio 4), o engajamento das partes interessadas (Princípio 5) e mecanismos de reclamação (Princípio 6), como veremos abaixo. Os padrões de desempenho aplicáveis consubstanciam um mínimo a ser adotado pelo EPFI, a qual poderá exigir requisitos adicionais, a seu critério. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 7).

Princípio 4: desenvolvimento do “Sistema de Gestão Ambiental e Social” e do “Plano de Ação dos Princípios do Equador”. Para todos os projetos das categorias A e B, o cliente do financiamento deverá desenvolver ou manter um *Sistema de*

²⁴⁵ Nos termos dos Princípios do Equador (2013, p. 19), *documentação de avaliação socioambiental* “é uma série de documentos preparados para um Projeto como parte do processo de Avaliação. A extensão e o detalhamento dessa documentação é proporcional aos potenciais riscos e impactos socioambientais do Projeto. São exemplos de Documentação de Avaliação: Estudo de Impacto Socioambiental (ESIA, da sigla em inglês), Plano de Gestão Socioambiental (ESMP, da sigla em inglês) ou documentos com um escopo mais limitado (como uma auditoria, análise de riscos, análise de perigos, e atos administrativos ambientais que sejam pertinentes para o projeto específico). Resumos ambientais sem conteúdo técnico também podem ser usados para beneficiar a Documentação de Avaliação, quando aqueles forem apresentados ao público como parte de um processo mais amplo de Engajamento de Partes Interessadas”. Diversas questões podem ser tratadas na documentação de avaliação. O Apêndice II, dos Princípios do Equador, apresenta um rol de questões que recomenda-se sua consideração na documentação de avaliação, dentre elas, questões trabalhistas envolvidas, nível de participação de grupos afetados, impactos sobre comunidades afetadas, mecanismos de aquisição de terras e reassentamento involuntário, impactos sobre povos indígenas, proteção do patrimônio e propriedades culturais, dentre inúmeras outras questões.

*Gestão Ambiental e Social*²⁴⁶ (ESMS, da sigla em inglês), bem como um *Plano de Gestão Socioambiental*²⁴⁷ (ESMP, da sigla em inglês) para tratar de incidentes surgidos no processo de avaliação e incorporar ações requisitadas para dar conformidade do projeto aos padrões aplicáveis. Se estes padrões não forem atingidos de maneira satisfatória ao critério da EPFI, esta e o cliente deverão entrar em um acordo para estabelecer um *Plano de Ação dos Princípios do Equador*²⁴⁸ (AP, da sigla em inglês) de modo a definir as lacunas e os compromissos a serem cumpridos para atender satisfatoriamente aos requisitos da EPFI, em sintonia com os parâmetros dos Princípios do Equador.

Princípio 5: efetivação do engajamento participativo das partes afetadas e demais interessados. Esse princípio evidencia a preocupação (i) em se conferir o amplo acesso às informações por parte de todos os interessados, de forma acessível, atentando-se às diferenças sócio-educacionais culturais e econômicas entre eles, bem como (ii) em criar um mecanismo de ponderação e discussão de decisões que

²⁴⁶ Os Princípios do Equador definem o “Sistema de Gestão Ambiental e Social” da seguinte maneira: “[...] é um sistema abrangente de gestão de questões ambientais, sociais, de saúde e segurança, que pode ser aplicado tanto no nível corporativo quanto no do Projeto. O sistema é elaborado para identificar, avaliar e gerenciar, de forma contínua, os riscos e impactos do Projeto. O sistema consiste de manuais e documentos de consulta relacionados, incluindo políticas, programas e planos de gestão, procedimentos, listas de requisitos, indicadores de desempenho, listas de atribuições de responsabilidades, treinamentos e auditorias periódicos, e inspeções associadas a questões socioambientais (inclusive quanto ao Engajamento de Partes Interessadas e mecanismos de recebimento de reclamação). É a estrutura primordial de implementação de um ESMP [Plano de Gestão Socioambiental] e/ou de um Plano de Ação dos Princípios do Equador. O termo pode ser adotado tanto para a fase de construção quanto para a de operação de um Projeto, ou em ambas, conforme o caso”. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 22 *et seq.*)

²⁴⁷ O Plano de Gestão Socioambiental (ESMP, da sigla em inglês) “é um resumo dos compromissos assumidos pelo cliente quanto ao enfrentamento e a mitigação dos riscos e impactos identificados na Avaliação, por meio de prevenção, minimização e compensação. O ESMP pode variar desde uma breve descrição das medidas de mitigação de rotina a uma série de planos de gestão mais abrangentes (como, por exemplo, planos de gerenciamento de recursos hídricos, de gerenciamento de resíduos, de reassentamento, de povos indígenas, de preparação e resposta a emergências, de descomissionamento). O nível de detalhamento e complexidade do ESMP e a priorização das medidas e ações identificadas serão proporcionais aos riscos e impactos potenciais do Projeto. A definição e as características do ESMP são amplamente semelhantes às dos ‘Programas de Gestão’ mencionados no Padrão de Desempenho 1 da IFC.” (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 21).

²⁴⁸ De acordo com os Princípios do Equador, “Plano de Ação dos Princípios do Equador” é desenvolvido, como um produto do processo de *due diligence* da EPFI, para descrever e priorizar as ações necessárias para tratar qualquer lacuna da Documentação da Avaliação, nos ESMPs [Plano de Gestão Socioambiental], ESMS [Sistema de Gestão Ambiental e Social] ou na documentação do Engajamento de Partes Interessadas, para que o Projeto possa se alinhar com os padrões definidos nos Princípios do Equador. O Plano de Ação dos Princípios do Equador é geralmente elaborado em forma de tabela, de modo a listar diversas ações, desde medidas mitigatórias até estudos ou planos de acompanhamento que complementem a Avaliação. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 21).

considere as perspectivas de todos os envolvidos, conforme exigências do Princípio Democrático.

Para os projetos das categorias A e B, é necessário que o cliente demonstre o efetivo engajamento das partes afetadas e interessadas²⁴⁹, em um processo contínuo, estruturado e culturalmente apropriado às particularidades locais, junto às comunidades afetadas e interessadas. Neste caso, deverá ser realizado um processo de “consulta e participação informada”, livre de manipulação externa, interferências, coerção e intimidação. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 8). Nos termos dos Princípios do Equador, “Consulta informada e Participação” é:

[...] uma intensa troca de percepções e informações e um processo de consulta organizado e participativo que leve o cliente a incorporar, ao processo de tomada de decisão, os pontos de vista das Comunidades Afetadas sobre questões que as afetam diretamente (tais como propostas de medidas de mitigação, o compartilhamento de benefícios e oportunidades geradas pelo empreendimento, e questões ligadas à implementação). (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 19).

Nesse processo participativo, o cliente deverá disponibilizar contínua e prontamente toda a documentação de avaliação e demais documentos pertinentes para as comunidades afetadas e interessadas, no idioma local e de uma forma culturalmente apropriada, para possibilitar o acesso e entendimento. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 8).

De acordo com esse princípio, é necessário levar em consideração todos os resultados desse processo participativo, que deverá ser devidamente documentado e de acesso público. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 8). Ainda, esse princípio reserva especial atenção aos povos indígenas, reconhecendo sua maior vulnerabilidade. Eles também deverão participar no processo de “consulta pública e participação informada” – em conformidade com seus direitos e instrumentos de proteção previstos na legislação local – e necessitarão da realização de um mecanismo de “Consentimento Livre, Prévio e Informado” (FPIC, da sigla em inglês). Desse instrumento, não se

²⁴⁹ Os Princípios do Equador também utiliza a expressão “Engajamento de Partes Interessadas” (do inglês *Stakeholder*) em um sentido mais amplo, dizendo respeito tanto aos requisitos gerais descritos neste Princípio 5, como também “refere-se às diretrizes dos Padrões de Desempenho da IFC quanto a comunicação externa, divulgação de informações socioambientais, consulta informada e participação, e mecanismos de reclamação”. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 19).

espera o consenso unânime, mas sim garantir uma participação significativa dos povos indígenas no processo de tomada de decisão, prezando a busca pela consensualidade.²⁵⁰ (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 8).

Princípio 6: criação de mecanismos de reclamação. Em sintonia com o anterior, busca-se com este princípio implementar o dever democrático de colher informações, oportunizando o recebimento de manifestações e impugnações, os quais deverão ser apreciados e respondidos justificadamente para os interessados, em um processo transparente e imparcial. Todos os projetos da categoria A, e quando conveniente, da Categoria B, a EPFI demandará que o cliente crie um mecanismo de reclamação, como parte de seu Sistema de Gestão Socioambiental, para recebimento de manifestações e queixas quanto ao desempenho socioambiental do Projeto, de modo a facilitar a busca de soluções para tais demandas. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 9). É necessário que as comunidades afetadas sejam os principais usuários desse mecanismo de reclamação. Neste caso, o cliente tem a obrigação de informar a esses interessados a implementação desse sistema, o qual deverá atender às demandas com presteza, empregando um processo consultivo transparente, de fácil compreensão, adequado à cultura daqueles atingidos pelo projeto, de fácil acesso e sem custos e ônus aos usuários. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 9).

Princípio 7: realização de análise por consultor independente. Este princípio busca, em um processo de monitoramento, verificar o cumprimento das diretrizes dos Princípios do Equador e dos padrões de desempenho aplicáveis. É uma diretriz que busca incrementar a responsividade (*accountability*) – essencial em um Estado democrático – na execução do projeto e, portanto, a legitimidade da ação do ente estatal ou privado que o executa, em consideração aos impactos sociais e ambientais envolvidos. Em todos os projetos da modalidade “*project finances*”²⁵¹, da

²⁵⁰ Parâmetros mais específicos para a procedimentalização desse mecanismo de “Consentimento Livre, Prévio e Informado” junto às comunidades indígenas foram trazidos pelo Padrão de Desempenho nº 7, do IFC, de 01/01/2012.

²⁵¹ Nos termos dos Princípios do Equador, *Project Finance* é: “uma modalidade de financiamento pela qual o financiador leva em consideração, prioritariamente, as receitas geradas por um único Projeto, tanto como fonte de repagamento quanto como garantia à exposição ao risco. Esse tipo de financiamento normalmente é voltado para instalações de grande porte, complexas e custosas – por exemplo, unidades geradoras de energia, indústrias químicas, minas, infraestrutura de transporte, meio ambiente e infraestrutura de telecomunicações. O *Project Finance* pode ser um financiamento para a

categoria A, e quando conveniente, da Categoria B, deve-se contratar um consultor independente, que não esteja diretamente vinculado ao cliente, para análise da documentação da avaliação, do Sistema de Gestão Ambiental, do Plano de Gestão Socioambiental e da documentação relativa ao engajamento participativo das partes interessadas, de modo a apoiar a *due diligence* da EPFI e verificar a conformidade com os Princípios do Equador (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 9). Quando se tratar de “Financiamentos Corporativos Dirigidos a Projetos”²⁵² a análise de consultoria independente será requerida em projetos com potencial de alto risco, incluindo aqueles que geram impactos adversos sobre povos indígenas, o patrimônio cultural e reassentamento de grande escala. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 10).

Princípio 8: contratualização dos Princípios do Equador. Os contratos de financiamento deverão prever cláusulas nas quais o cliente se compromete a atuar em

construção de uma nova unidade, ou o refinanciamento de uma unidade já existente, com ou sem melhoramentos. Em tais operações, o financiador normalmente é repago quase que exclusivamente com os recursos gerados pelos contratos de comercialização dos produtos do Projeto, como a eletricidade vendida por uma usina de geração elétrica. O cliente é geralmente uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), que não está autorizada a desempenhar qualquer função que não seja a de desenvolver, operar e ser proprietário daquela unidade. Em consequência, o repagamento depende principalmente do fluxo de caixa do Projeto, bem como do valor dos ativos do Projeto dados como garantia. Para mais informações: ‘Comitê de Basileia de Supervisão Bancária, Convergência Internacional de Mensuração e Padrões de Capital’ (‘Basileia II’), novembro de 2005. Financiamento na modalidade *Reserve-Based* em setores extrativistas, que não preveja direito de regresso a nenhum dos acionistas e que os recursos sejam usados para desenvolver uma dada reserva (por exemplo, um campo petrolífero ou uma mina), é considerada uma operação de *Project Finance* coberta pelos Princípios do Equador.” (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 21).

²⁵² “Financiamentos Corporativos Dirigidos a Projetos” (PRCL, da sigla em inglês), nos termos dos Princípios do Equador são: “[...] financiamentos corporativos, feitos a pessoas jurídicas (sejam elas privadas, públicas, controladas ou pertencentes ao Estado), que são destinados a um único Projeto, seja ele um novo empreendimento ou uma expansão (exemplo: quando houver um aumento da extensão do impacto) em que o Uso Declarado dos Recursos está relacionado a um único Projeto e [deve] seguir um dos formatos a seguir: a. O financiador considera a receita gerada pelo Projeto como fonte principal para o repagamento (como num *Project Finance*), [no qual haverão] garantias corporativas, inclusive de empresas do mesmo grupo; b. A documentação para o financiamento indica que a maior parte dos recursos destina-se ao próprio Projeto. Tal documentação pode incluir a proposta, o memorando de informações, o contrato de crédito e outras declarações oferecidas pelos clientes que indiquem suas intenções quanto ao uso dos recursos do financiamento. Essa modalidade inclui financiamentos para empresas estatais e outras entidades legais criadas por um governo para promover atividades comerciais em seu nome, mas exclui financiamentos a governos nacionais, regionais ou locais, ministérios e agências de governo”. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 22). Conforme diretrizes dos Princípios do Equador, nesse tipo de financiamento, deve contemplar os seguintes critérios (2013, p. 4): (i) a maior parte do financiamento destina-se a um único Projeto sobre o qual o cliente tem Controle Operacional Efetivo (seja este controle direto ou indireto); (ii) O valor total consolidado do financiamento é de pelo menos US\$100 milhões; (iii) O compromisso individual da EPFI (antes da formação de um sindicato ou redução da sua participação) é de pelo menos US\$ 50 milhões; (iv) O prazo do financiamento é de pelo menos dois anos.

conformidade ao ordenamento jurídico vigente, às licenças ambientais concedidas, bem como à conformidade com os Princípios do Equador. Em todos os projetos das categorias A e B, o cliente deverá se comprometer contratualmente às seguintes obrigações, dentre outras: (i) atuar em conformidade com o Sistema de Gestão Ambiental e Social e com o Plano de Ação dos Princípios do Equador, durante a construção e operação do projeto e; (ii) elaborar relatórios periódicos que registrem a conformidade ao Sistema de Gestão Ambiental e Social, com o Plano de Ação dos Princípios do Equador e que ofereçam declaração de conformidade com as normas e parâmetros exigidos. Se, no decorrer do projeto, o cliente estiver em desconformidade com suas obrigações contratuais, agora pertinentes com os Princípios do Equador, a EPFI irá apoiá-lo em ações de remediação que levem o projeto de volta à conformidade. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 10 *et seq.*). Tendo em vista que não há obrigatoriedade de adesão aos seus princípios, bem como diante da inexistência de penalidades pelo descumprimento de suas diretrizes, essa contratualização se assemelha mais a uma espécie de “acordo de cavalheiros”, o que não deixa de ser conveniente para o reconhecimento da importância em se considerar os interesses daqueles que serão atingidos por um projeto de infraestrutura, em sintonia com o princípio da solidariedade, que deve estar presente em um Estado democrático.

Princípio 9: contratação de monitoramento independente e divulgação de informações. Em projetos, na modalidade “*project finances*”, da categoria A e, se for o caso, da categoria B, deverão ser contratados consultores independentes para verificar as informações de monitoramento que serão compartilhadas com a EPFI. Essa diretriz também será exigida quando em “Financiamentos Corporativos Dirigidos a Projetos” se houver contratado consultor socioambiental independente, nos termos do Princípio 7 acima. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 11). Essa diretriz está sintonizada com a prevista no Princípio 7, já que o monitoramento independente e a divulgação das informações dá ensejo a um “*feedback*” institucionalizado que obriga a justificação das posições do cliente, de forma responsiva e democrática.

Princípio 10: divulgação de informações e transparência. Além das informações a serem divulgadas conforme os mecanismos de engajamento participativo definido no Princípio 5, os projetos da categoria A e, se for o caso, da

categoria B, os clientes da EPFI garantirão a publicação na Internet de um resumo do Estudo de Impacto Socioambiental a que se refere o Princípio 2, ou fisicamente, quando o atingido não tenha acesso à Internet. Além disso, a EPFI deverá publicar, pelo menos uma vez no ano, todas as transações realizadas, bem como seus processos e experiências na aplicação dos Princípios do Equador, conforme critérios definidos²⁵³. (EQUATOR PRINCIPLES, 2013, p. 12). Em complementação às virtudes democráticas defendidas nos princípios anteriores, esta diretriz reforça o dever democrático em conferir amplo acesso às informações decorrentes da execução do projeto e do suposto respeito às perspectivas e interesses às pessoas atingidas e ao meio ambiente.

6.2.2 O Padrão de Desempenho nº 5, da IFC: a democratização no reassentamento involuntário

Quando a realização de um projeto demandar desapropriações e remoção de pessoas, o IFC, em face do Padrão de Desempenho nº 5 (PD5) “reconhece que o processo de aquisição de terra vinculado a um projeto pode ter impactos adversos sobre as pessoas e as comunidades que usam essa terra.” (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 1). Segundo consta na introdução desse padrão de desempenho:

Caso não seja administrado adequadamente, o reassentamento involuntário pode resultar em adversidades e empobrecimento de longo prazo para as Comunidades Afetadas e pessoas, bem como em danos ao meio ambiente e impactos socioeconômicos adversos nas áreas para onde tenham sido levadas. Por essas razões, o reassentamento involuntário deve ser evitado. Porém, quando o reassentamento involuntário for inevitável, este deve ser minimizado, e medidas apropriadas devem ser cuidadosamente planejadas e executadas, para minimizar os impactos adversos causados às pessoas deslocadas e às comunidades anfitriãs. Muitas vezes, o governo desempenha um papel central no processo de aquisição de terra e de reassentamento incluindo a determinação de indenizações, sendo, por essa razão, uma terceira parte importante em muitas situações. A experiência demonstra que o envolvimento direto do cliente nas atividades de reassentamento pode resultar em maior custo-benefício, eficiência e oportuna implementação dessas atividades, assim como na introdução de abordagens inovadoras para

²⁵³ Tais critérios estão delineados no “Anexo B – Requisitos de Divulgação de Informações” trazidos no documento.

aperfeiçoar os meios de subsistência daqueles diretamente afetados pelo reassentamento. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 1).

Quando houver uma desapropriação, o PD5 prevê que possam ocorrer dois tipos de “reassentamento involuntário”, quais sejam, o *deslocamento físico* (realocação ou perda do abrigo) e o *deslocamento econômico* (perda de bens ou de acesso a bens, resultando em perda de fontes de renda ou de outros meios de sustento, como no caso de limitação às atividades de extrativismo vegetal, mineral, pesca, agricultura, pecuária, etc.). (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 1). Somente ocorrerá o “reassentamento involuntário” quando, mesmo que a aquisição do bem seja feita de maneira consensual, a desapropriação é inevitável. Ou seja, as regras do PD5 não se aplicam ao reassentamento resultante de transações fundiárias voluntárias, por exemplo, “transações de mercado nas quais o vendedor não é obrigado a vender e o comprador não pode recorrer à desapropriação ou a outros procedimentos compulsórios sancionados pelo sistema jurídico do país anfitrião caso as negociações fracassem”. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 3).

Para mitigar os impactos sociais decorrentes das desapropriações, o PD5 apresenta os seguintes objetivos: (i) evitar as remoções ou, quando não for possível, minimizar o deslocamento explorando elaborações alternativas do projeto; (ii) evitar a imissão forçada da posse; (iii) evitar os impactos sociais adversos decorrentes da aquisição da terra ou de restrições ao seu uso ou, quando não for possível, minimizar os impactos através da indenização pela perda de bens pelo “custo de reposição” e que as atividades de reassentamento involuntário somente sejam executadas após a divulgação apropriada de informações e a realização do mencionado processo de “consulta e participação informada” das partes afetadas; (iv) aperfeiçoar ou recuperar os meios de subsistência e os padrões de vida das pessoas deslocadas e; (v) melhorar as condições de vida das pessoas fisicamente deslocadas mediante o fornecimento de moradia adequada, com garantia de propriedade nos locais de reassentamento. (IFC, 2012, p. 1 *et seq.*).

Assim, o cliente do EPFI, conforme determina o PD5, deve realizar um procedimento em que (i) se busquem alternativas para evitar a desapropriação; (ii) se

estabeleçam parâmetros mínimos para a fixação da indenização; (iii) se criem procedimentos participativo para engajamento da coletividade e; (iv) se estabeleçam o procedimento para implementação dos planos de reassentamento. Explicitemos esses requisitos.

Primeiro, o PD5 determina que o cliente realize “elaborações alternativas do projeto que sejam viáveis para evitar ou minimizar o deslocamento físico e/ou econômico [...] dedicando atenção especial aos impactos sobre os pobres e vulneráveis”. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 3). Se for viável evitar a desapropriação, sem prejuízo da boa consecução do projeto, deve-se optar por esta alternativa, mesmo se isso implicar custos superiores aos da remoção. Para isso que é obrigatório explorar projetos alternativos para verificação da possibilidade de se evitarem desapropriações.

Segundo, quando não for possível evitar a desapropriação, a *indenização* deve incluir o custo total de reposição, conceito mais abrangente do que o simples valor de mercado com o bem expropriado. O que se busca preservar é o *status quo ante* do atingido, tal como demanda o ideal de solidariedade decorrente do Princípio Democrático, tal como expusemos acima. Por isso, custos de transações devem ser incluídos. E mais, o PD5 determina que se prestem outras formas de assistência que ajudem a melhorar ou estabelecer os padrões de vida ou os meios de subsistência das pessoas atingidas pela desapropriação. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 3). Nesse caso, quando houver proveito econômico da terra pelo expropriado, o PD5 exige que a indenização contemple esse gravame. A posse da terra pelo cliente somente poderá ser realizada depois que toda a indenização for disponibilizada – exceto quando a propriedade da terra estiver sendo discutida – e, se for o caso, somente após os locais para o reassentamento e o custeio das despesas de mudanças tiverem sido fornecidos às comunidades e pessoas deslocadas, além da indenização aplicável. Além disso, quando possível, o cliente deverá proporcionar que as pessoas deslocadas possam se beneficiar adequadamente do desenvolvimento proporcionado pelo projeto. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 4).

Terceiro, em sintonia com as diretrizes dos Princípios do Equador, é necessário criar procedimentos para o engajamento participativo da comunidade, que se estenda durante todas as fases do processo expropriatório. E, nos processos de tomadas de decisão sobre reassentamento e recuperação dos meios de produção, o cliente deve, sempre que possível, incluir diferentes opções e alternativas para livre escolha das pessoas atingidas.²⁵⁴ Além disso, é necessário criar mecanismos para reclamação dos atingidos, com o objetivo de receber oportunamente preocupações específicas com relação ao pagamento das indenizações e a realocação de pessoas atingidas pelas desapropriações, contando ainda com mecanismos de recursos para resolver controvérsias de maneira imparcial. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 4).

Quarto, deve haver um prévio planejamento e implementação de ações para recuperação dos meios de subsistência e assentamentos. Nesse caso, se a remoção for necessária, deve-se realizar um levantamento prévio para identificar as pessoas que serão deslocadas de modo a definir os beneficiários das indenizações e assistência e para afastar posseiros oportunistas que possam pleitear tais benefícios posteriormente. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 4). De acordo com o PD5, as “pessoas deslocadas” a serem beneficiadas pelas indenizações e assistência incluem três grupos de pessoas: (i) as que tenham direitos legais relativos à terra ou aos bens por elas ocupados ou usados (proprietários e promissários compradores); (ii) as que não tenham direitos legais relativos à terra ou aos bens, mas tenham pretensão a esta terra, que seja reconhecida ou reconhecível pela legislação nacional (por exemplo, locatários, usufrutuários enfiteutas etc.); ou (iii) aquelas que não tenham direitos nem pretensões legais reconhecíveis à terra ou aos bens por elas ocupados ou usados

²⁵⁴ Maurício Portugal Ribeiro (2013, p. 41 *et seq.*) exemplifica essa questão com o caso concreto da Concessão da BA-093: “Quando a pessoa atingida pelo projeto não tiver direito a indenização no valor do terreno no qual reside (por exemplo, por se tratar de imóvel ocupado irregularmente), mas apenas o direito a indenização pelas benfeitorias, o concessionário deverá oferecer à pessoa atingida pelo projeto, além da opção de indenização em dinheiro apenas pelas benfeitorias, alternativas de reassentamento residencial. A oferta dessas alternativas de reassentamento residencial é condicionada ao compromisso da pessoa atingida pelo projeto de ocupá-la por dez anos, em regime de comodato intransferível, antes de receber efetivamente o título de propriedade. No caso do projeto da BA 093, o próprio contrato de concessão previu no seu anexo sobre aquisição de terras e reassentamento três opções de reassentamento residencial que deveriam ser oferecidas pelo concessionário às pessoas atingidas pelo projeto que estivessem nas condições de elegibilidade acima descritas”.

(possuidores sem título), mas que a utilizam para sua moradia e/ou sustento anteriormente do planejamento do projeto. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. *et seq.*).

Se o cliente da EPFI não for a entidade responsável pelas desapropriações e reassentamentos – por exemplo, as concessionárias com as quais não se pactuou a competência para executar os atos da desapropriação, nos termos do artigo 3º, do Decreto-lei nº 3.365/1941 – cabe-lhe exercer um papel de colaboração ativa com o poder expropriante, para que as medidas do governo sejam executadas conforme os Princípios do Equador, especialmente às diretrizes do PD5.

Se a capacidade institucional do poder expropriante for limitada, o cliente deverá exercer um papel ativo no planejamento, execução e monitoramento do reassentamento. Nesse contexto, o cliente deverá identificar e descrever as medidas governamentais de expropriação e reassentamento, de modo a verificar se tais medidas estão condizentes com as diretrizes definidas no PD5. Se for o caso, o cliente elaborará um *plano complementar de reassentamento* que buscará definir soluções que tentarão mitigar as medidas governamentais que não atenderem aos parâmetros do PD5. Se as medidas do poder público não forem suficientes para atenderem aos requisitos do PD5 quanto ao “deslocamento econômico”, o cliente deverá elaborar um *plano de ação socioambiental* para complementar a ação governamental, assegurar assistência e fornecer indenizações adicionais por perda de bens, de modo a recuperar os meios de subsistência das pessoas atingidas pelo projeto. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 8 *et seq.*).

Quanto ao *deslocamento físico*, o cliente deve realizar um planejamento de reassentamento que vise minimizar os impactos aos atingidos, descrever o orçamento, cronograma e estabelecer os direitos das pessoas conforme suas categorias. De acordo com o PD5, o cliente deverá oferecer a (i) substituição adequada da moradia daqueles a serem removidos – ou, se for mais adequado, o pagamento das indenizações pecuniárias – bem como (ii) toda a assistência necessária para a devida realocação dessas pessoas. O PD5 exige que o cliente ofereça, para os proprietários e possuidores com ou sem título, uma nova moradia, garantida a propriedade e características semelhantes ou melhores do que o bem expropriado, com vantagens de localização e

indenização por outros gravames, se for o caso. Só não terão direito a esses benefícios quem se tornar possuidor posteriormente ao “período de elegibilidade”, ou seja, após o levantamento prévio das “pessoas deslocadas”. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 6 *et seq.*).

Quanto ao *deslocamento econômico*, o cliente deve elaborar um “Plano para Recuperação dos Meios de Subsistência” capaz de indenizar e prestar outras formas de assistência que sejam necessárias para garantir a integral reposição pela perda de bens ou acesso a bens²⁵⁵ em função das desapropriações, independente do fato de essas pessoas terem sido fisicamente deslocadas. Se a desapropriação afetar estruturas comerciais, a indenização deve abranger os custos para o seu restabelecimento em outra localidade, a receita líquida perdida durante o período de transição, os custos de transferência e reinstalação da atividade empresarial, das máquinas e outros equipamentos. (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 7). Se o removido economicamente retirar seu sustento da terra desapropriada, o cliente deverá oferecer uma propriedade em substituição, como campos agrícolas, por exemplo, de valor igual ou maior (nunca inferior), ou se for mais apropriado ao caso, a indenização em dinheiro pelo custo total de reposição.

Quando o deslocado não possuir direitos sobre a terra expropriada de onde retira seu sustento, além da indenização de todos os frutos e benfeitorias perdidas, o cliente deverá atender ainda aos seguintes requisitos: (i) caso o meio de subsistência seja a terra, deverá garantir outra em substituição, com o mesmo potencial produtivo, vantagens de localização e demais vantagens perdidas; (ii) caso o meio de subsistência sejam os recursos naturais (extrativismo mineral, vegetal, pesca e caça, por exemplo), deverá permitir o acesso contínuo aos recursos afetados ou fornecer meios a recursos alternativos com potencial equivalente para manter seus níveis de renda; (iii) caso não seja possível concretizar as alternativas anteriores, deverá oportunizar outras opções para a obtenção de renda, “como linhas de crédito, treinamento, dinheiro ou

²⁵⁵ O PD5 faz referência as pessoas prejudicadas pela perda do acesso a bens que foram desapropriados. Isso ocorre, por exemplo, na desapropriação de áreas ou construção de obras que tornam inacessíveis faixas litorâneas a pescadores, ou de áreas em que pessoas não possuidoras exerciam atividades de extrativismo vegetal ou mineral. O PD5 também se preocupa com a assistência e indenização dessas pessoas, demonstrando uma conduta solidária, típica de um Estado democrático.

oportunidades de emprego” (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2012, p. 7 *et seq.*).

Como se verifica, os Princípios do Equador e, especialmente o PD5, buscaram garantir aos cidadãos o que foi ignorado pelo marco legal das desapropriações por utilidade pública no Brasil. Aplicadas somente as normas do Decreto-lei nº 3.365/1941 em sua literalidade, os atingidos pela desapropriação terão direito apenas ao valor de mercado pelos bens desapropriados. No caso dos possuidores, não se lhes assegura expressamente a indenização pela posse perdida e nem se prevê sua realocação e a garantia do reestabelecimento de suas atividades econômicas. Em comparação com os Princípios do Equador e o PD5, fica evidenciado o lado antissolidário do marco legal das expropriações administrativas no Brasil.

Diante dessa displicência aos legítimos interesses dos atingidos pelas desapropriações, a omissão do Decreto-lei nº 3.365/1941 viabiliza um caminho para o acometimento de grandes injustiças e lesões à dignidade da pessoa humana nas desapropriações, já que a consideração aos interesses e perspectivas dos atingidos pela intervenção estatal ficará a cargo da boa vontade de cada poder expropriante ou de casuísmos políticos. Essa característica, como visto, não condiz com o dever de solidariedade decorrente do Princípio Democrático, o qual demanda observar a perspectiva do particular que, diante da desapropriação, não necessita somente da indenização, mas do devido reassentamento de sua moradia (inclusive os possuidores sem título) e a realocação de sua atividade econômica eventualmente prejudicada pelo ato estatal. Somente assim se preservará o *status quo ante* dos atingidos e preservará suas preferências na decisão estatal, o que é requisito em um Estado democrático (Princípio da Solidariedade).

Os Princípios do Equador e o PD5 são instrumentos que buscam concretizar os preceitos deontológicos do Princípio Democrático na execução das desapropriações, mediante a criação de procedimentos participativos e de requisitos mínimos para a indenização e assistência às pessoas atingidas com o objetivo de manter seus níveis de renda, condições de habitabilidade e, também, visando protegê-las contra eventuais adversidades.

Infelizmente, os Princípios do Equador e o PD5 não podem ser exigidos coercitivamente pelo cidadão. Sua observância cogente depende de incorporação formal ao Direito brasileiro.

De toda forma, a sua aplicação e adesão por instituições financeiras brasileiras é um caminho para a conscientização política acerca da necessidade de mudança do atual sistema legislativo brasileiro sobre as desapropriações por utilidade pública.

7 CONCLUSÃO

A compreensão das teorias deliberativas, tal como expostas no presente trabalho, permitiu estabelecer cinco parâmetros normativos que deverão ser seguidos pela Administração Pública, para que uma decisão estatal possa ser construída com a necessária reflexividade que exige o Princípio Democrático. Para que uma decisão estatal possa atender ao Princípio Democrático, com base no referencial teórico aqui apresentado, é necessário que a Administração Pública busque atender aos seguintes deveres: (i) dever de a Administração Pública prestar informações e esclarecimentos acerca de suas atividades; (ii) dever de a Administração Pública justificar decisões proferidas; (iii) dever de a Administração Pública colher informações e dar oportunidade de manifestação e audiência prévia; (iv) dever de a Administração Pública adotar procedimentos administrativos para ponderação, discussão e contestação de argumentos privados e públicos anteriormente à decisão estatal que afete interesses de terceiros e; (v) dever de solidariedade, com observância dos legítimos interesses daqueles a serem prejudicados pela decisão.

Em confronto com o Princípio Democrático – sem prejuízo do amparo de outros fundamentos jurídicos – a análise do Decreto-lei nº 3.365/1941 permitiu tecer as seguintes conclusões:

1. A vedação da inversão da gradação constante do artigo 2º, §2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941, para a competência de desapropriação de bens públicos é inconstitucional, pois proíbe que o interesse público mais relevante, defendido por entes federativos de menor abrangência física, prevaleça em face de interesses públicos menos relevantes buscados por entes federativos de maior abrangência territorial. Essa disposição torna inócua a análise discursiva e deliberadamente democrática do interesse público a prevalecer no caso concreto, em desrespeito ao Princípio Democrático, enquanto atuação solidária do Estado.
2. Para viabilizar a análise da prevalência de interesses visando definir a competência expropriatória de bens públicos, é de se reconhecer que:

entes federativos de menor abrangência territorial possam desapropriar bens públicos de titularidade de entes federativos de maior abrangência geográfica; que a pretensão expropriatória de um bem privado de um ente federativo de “menor abrangência” possa prevalecer sobre a pretensão expropriatória concorrente de um ente federativo de “maior abrangência”; que é possível a desapropriação de bens públicos entre Estados e entre Municípios, ou seja, entre entes federativos de “mesmo nível”; que todos os tipos de bens públicos possam ser desapropriados, os bens de uso comum, de uso especial e os dominicais, desde que a análise de prevalência dos interesses considere os eventuais prejuízos ao interesse público ocasionados pela descontinuidade do serviço público ou da atividade administrativa provocada pela desapropriação de bens afetados; que qualquer ente federativo possa desapropriar bens públicos de entidades da Administração Pública indireta, de qualquer nível.

3. A fase executória extrajudicial da desapropriação deve primar pela consensualidade, sendo conveniente uma procedimentalização que induza à aquisição consensual do bem declarado de utilidade pública e à negociabilidade do montante do justo preço, de forma a evitar imperatividade e a unilateralidade da aquisição da propriedade.
4. A aquisição consensual do bem declarado de utilidade pública, na fase executória extrajudicial, deve resultar na lavratura de escritura pública de compra e venda, na forma do Direito Privado. Não é lícito, à luz do Princípio Democrático, que, em alguns casos, se lavre escritura pública de “desapropriação amigável”, com o evidente propósito de desconsiderar ônus reais e demais direitos incidentes sobre o bem expropriado e que deveriam ser aferidos pelo poder público na aquisição consensual.
5. A exclusão da apreciação jurisdicional, na ação de desapropriação, de qualquer questão que não sejam vícios processuais ou a impugnação do preço é inconstitucional, não somente em razão do princípio da inafastabilidade do judiciário diante de lesão ou ameaça a lesão a direito

(artigo 5º, inciso XXXV, da CR88), mas porque tal regra ratifica uma atuação antissolidária do poder expropriante, na medida em que respalda a ocorrência de prejuízos para o expropriado.

6. A garantia fundamental da justa e prévia indenização, em um Estado democrático, exige que a imissão prévia na posse (i) se condicione a um prévio procedimento sumário para a avaliação prévia do bem expropriado, com a oitiva do proprietário, seguido do depósito do valor arbitrado e seu levantamento integral pelo expropriado; ou (ii) que se permita que o expropriado possa usufruir de outra propriedade qualitativamente semelhante à perdida, mediante o oferecimento de uma quantia suficiente para que possa arcar com o aluguel, arrendamento e custos de desmobilização e mudança, durante o período razoável de duração da ação de desapropriação, até o depósito definitivo da justa e prévia indenização.
7. O Poder Judiciário, na ação de desapropriação, deve analisar o mérito da urgência, quando alegada, pois a atuação solidária do Estado democrático exige que se criem mecanismos para impedir que a imissão prévia na posse se ampare em fatos inverídicos, em prejuízo do expropriado.
8. Para averiguar o real montante da justa indenização, de modo a abarcar todos os prejuízos a serem suportados pelo expropriado, é necessário que a avaliação se atenha não somente ao valor de mercado do bem, mas principalmente, que haja o ressarcimento de todos os valores necessários para que o expropriado possa adquirir outro bem que lhe ofereça as mesmas condições de fruição e benefícios econômicos. Se isso não for possível, deve o poder expropriante arcar com os lucros cessantes – independente do recebimento de juros compensatórios em função da imissão prévia na posse – e outros prejuízos ocasionados pela desapropriação, como custos de transação, fundo de comércio e danos morais (“valor de afeição”).

9. O sistema de indenização única, previsto nos artigos 26 e 31, do Decreto-lei nº 3.365/1941, evidencia a displicência do Decreto-lei nº 3.365/1941 com todos os legítimos interesses atingidos pela desapropriação.
10. O poder expropriante deve considerar todos os legítimos interesses na desapropriação. Para tanto, deverá indenizar e amparar não somente os proprietários, mas também os possuidores, independente de justo título, bem como aquelas pessoas que foram lesadas indiretamente pela desapropriação, inclusive as que sofreram o “deslocamento econômico” em função da intervenção estatal.
11. Não se pode admitir o pagamento de complementações da justa indenização por meio do sistema de precatórios. A perda da posse, e não da propriedade, é que deve ser considerada como o momento de efetivação da desapropriação. Por isso, o valor que superar o prévio depósito realizado na ação de desapropriação deverá ser complementado por meio de depósito judicial.
12. A vedação à retrocessão quando houver a incorporação do bem expropriado ao patrimônio público do ente expropriante, prevista no artigo 35, do Decreto-lei nº 3.365/1941, é inconstitucional. Quando não for conferida, total ou parcialmente, finalidade pública ao bem expropriado, que tenha guarida entre as hipóteses permissivas de expropriação, é necessária a sua devolução ao antigo proprietário, se assim pretender.
13. As características antidemocráticas das desapropriações por utilidade pública permaneceram em face da legislação federal, superveniente ao Decreto-lei nº 3.365/1941, que tratam sobre desapropriações, seja por interesse social ou desapropriação urbanística.
14. Existem regulamentações realizadas pela Administração Pública federal – Norma de Execução nº 95, de 27 de agosto de 2010, do INCRA, por exemplo – que incorporam particularidades deliberativas, em sintonia com preceitos jurídicos do Princípio Democrático, para a fase administrativa anterior à declaração de interesse social, nas

desapropriações para fins de reforma agrária. Apesar disso, tais regulamentações não se aplicam às desapropriações, por utilidade pública.

15. É inconstitucional declarar a utilidade pública sem um prévio procedimento deliberativo de verificação de utilidade pública, em sintonia com os contornos jurídicos do Princípio Democrático.
16. Normas pertinentes que regem o processo administrativo no ente expropriante podem ser observadas para que haja a participação do potencial atingido em uma desapropriação e o atendimento da obrigação de se realizar o prévio procedimento de verificação de utilidade pública.
17. É possível defender a repristinação das normas pertinentes à verificação de utilidade pública descritas no Decreto Imperial nº 353/1845. Diante da inconstitucionalidade da declaração de utilidade pública sem um prévio “procedimento de verificação de utilidade pública”, não poderia o Decreto-lei nº 3.365/1941 revogar a legislação precedente que previsse esse procedimento.
18. É recomendável o resgate da dicotomia “necessidade” e “utilidade” pública para se especificarem casos reputados “urgentíssimos” e aqueles nos quais, em tese, seria possível a cognição democrática mediante o procedimento de verificação de utilidade pública. Por isso, é razoável que, diante de um fato de excepcional urgência, se autorize a dispensa da realização do procedimento deliberativo de verificação de utilidade pública, para não prejudicar a busca de um interesse público que demande rápida intervenção.
19. Os Princípios do Equador e o Padrão de Desempenho nº 5, da IFC, são instrumentos que buscam concretizar os preceitos deontológicos do Princípio Democrático na execução das desapropriações, pois criam mecanismos que levam em consideração os interesses, perspectivas e a dignidade de todas as pessoas atingidas pela decisão estatal, mediante a criação de procedimentos participativos e de requisitos mínimos para a indenização e assistência na manutenção de seus níveis de renda e

proteção contra eventuais adversidades. Por mais que não possam ser exigidos coercitivamente, tais diretrizes internacionais são parâmetros que ratificam as críticas realizadas ao marco legal das desapropriações por utilidade pública no Brasil, bem como fornecem um caminho para atuação do poder expropriante em sintonia com os preceitos deontológicos do Princípio Democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, *Cadernos ENAP* nº 10, 1997.

ABRUCIO, Fernando Luiz. Reforma do Estado no federalismo brasileiro: a situação das administrações públicas estaduais. *Revista Brasileira de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v.39, n.2, p.401-420, 2005.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: GENTILI, Pablo; SADER, Emir (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-23.

ANDRADE, Letícia Queiroz. *Desapropriação de bens públicos (à luz do princípio federativo)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In: LIMA, Sergio Mourão Corrêa (Org.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Ed. Forense: 2006, p. 127-200.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. De Mário da Gama Cury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AVRITZER, Leonardo. Por que o novo decreto de Dilma não é bolivariano. *Carta Capital*. Seção Política. Publicado em 10 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/por-que-o-novo-decreto-de-dilma-nao-e-bolivariano-8992.html>> Acesso em: 01 out. 2014.

AVRITZER, Leonardo; PEREIRA, Maria de Lourdes Dolabela . Democracia, participação e instituições híbridas. *Teoria & Sociedade* (UFMG), Belo Horizonte, p. 16-41, 2005.

BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3ª Ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do Interesse Público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BOHMAN, James. *Democracy across borders: from Dêmos to Dêmoi*. Cambridge: The MIT Press, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *A Constituição de 1934*. Brasília: PrND: Fundação Projeto Rondon, [1987?].

BRASIL. Código civil (2002).; PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Marcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Código civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Constituição política do império do Brazil*. Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. Decreto de 21 de maio de 1821. Prohibe tomar-se a qualquer, cousa alguma contra a sua vontade, e sem indemnisação. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1821*, Página 87 Vol. 1 pt. II (Publicação Original) .Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/antioresa1824/decreto-39586-21-maio-1821-570012-publicacaooriginal-93196-pe.html>. Acesso em: 13 ago 2014.

BRASIL. Decreto nº 1.021, de 26 de Agosto de 1903. Manda aplicar a todas as obras da competencia da União e do Districto Federal o decreto n. 816, de 10 de julho de 1855, com algumas alterações. *Diário Oficial da União - Seção 1 – Rio de Janeiro*, 28/8/1903, p. 3979 (Publicação Original) Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1021-26-agosto-1903-584610-publicacaooriginal-107339-pl.html>>. Acesso em: 28 out 2014.

BRASIL. *Decreto nº 1.664*, de 20 de Outubro de 1855. Dá Regulamento para execução do Decreto N.º 816 de 10 de Julho do corrente anno sobre desapropriações para construcção de obras e serviços das Estradas de ferro do Brasil. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1855*, Página 552 Vol. 1 pt. II (Publicação Original).

BRASIL. Decreto nº 24.643, de 1º jul. 1934. Decreta o Código de Águas. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 27 jul. 1934.

BRASIL. *Decreto nº 353*, de 12 de Julho de 1845. Designa os casos em que terá lugar a desapropriação por utilidade publica geral, ou municipal da Côrte. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1826*, Página 5 Vol. 1 pt. I (Publicação Original) Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-353-12-julho-1845-560442-publicacaooriginal-83257-pl.html>>. Acesso em: 28 out 2014.

BRASIL. Decreto nº 4.956, de 9 de Setembro de 1903. Approva o regulamento de consolidação e modificação do processo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade publica. *Diário Oficial da União - Seção 1 – Rio de Janeiro*:10/9/1903, p. 4119 (Publicação Original) Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4956-9-setembro-1903-516635-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 28 out 2014.

BRASIL. Decreto nº 816, de 10 de Julho de 1855. Autorisa o Governo a estabelecer o processo para a desapropriação dos predios e terrenos que forem necessarios para a construcção das obras e mais serviços pertencentes á Estrada de ferro de Dom Pedro Segundo, e ás outras estradas de ferro do Brasil, e a marcar as regras para a indemnisação dos proprietarios. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1855*, Página 12 Vol. 1 pt. I (Publicação Original).Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>

legin/fed/decret/1824-1899/decreto-816-10-julho-1855-558144-publicacaooriginal-79066-pl.html>. Acesso em: 28 out 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 10.075/1970, de 22 de janeiro de 1970. Regula a emissão de posse, “*initio litis*”, em imóveis residenciais urbanos. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 22 jan. 1970.

BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico-nacional. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 06 dez. 1937.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657/1942, de 04 de setembro 1942. Lei de Introdução às

BRASIL. Decreto-lei nº 7.841/1945, de 08 de agosto 1945. Dispõe sobre o Código de Águas Minerais. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 20 ago. 1945.

BRASIL. Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 04 mai. 2000.

BRASIL. Lei complementar nº 76 de 06 de julho de 1993. Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. *Diário Oficial da União*, Brasília, 06 jul. 1993.

BRASIL. Lei complementar nº 76, de 06 de julho de 2003. Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 jul. 1993.

BRASIL. *Lei de 9 de setembro de 1826*. Marca os casos em que terá que logar a desapropriação da propriedade particular por necessidade, e utilidade pública e as formalidades que devem preceder a mesma desapropriação. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38538-9-setembro-1826-567032-publicacaooriginal-90476-pl.html>. Acesso em: 28 out 2014.

BRASIL. Lei nº 10.257 de 11 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 jul. 2001.

BRASIL. Lei nº 3.396, de 24 de Novembro de 1888. Orça a Receita Geral do Império para o exercício de 1889 e dá outras providencias. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1888*, Página 38 Vol. 1 pt. I (Publicação Original). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-3396-24-novembro-1888-542067-publicacaooriginal-49328-pl.html>>. Acesso em: 28 out 2014.

BRASIL. Lei nº 8629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 fev. 1993.

BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 jan. 1999.

BRASIL. Medida provisória nº 2.83-56 de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, das Leis nºs 4.504, de 30 de novembro de 1964, 8.177, de 1º de março de 1991, e 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 ago. 2001.

BRASIL. Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 08 out. 1942.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial nº 500.108/PE. Relator: Ministro Humberto Martins. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 15 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1255718. Relator: Ministro Herman Benjamin. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 18 mai. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1349231/MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 25 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.395.872/CE. Relator: Ministro Humberto Martins. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 23 out. 2013 .

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1375117/RS. Relatora: Ministra Eliana Calmon. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 29 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 299180/PR. Relator: Ministro Humberto Martins. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 16 mai. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1442358/CE. Relator: Ministro Humberto Martins. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 16 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.360.253/SE. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 25mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 453.823/MA. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 17 mai. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.084.675. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 18 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.111.829/SP. Relator: Ministro Castro Meira. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 25 mai. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.234.606/MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 26 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1116364/PI. Relator: Ministro Castro Meira. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 10 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1185583/SP. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 26 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1306397/GO. Relator: Ministro Ari Parglender. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 27 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1395221/SP. Relatora: Ministra Eliane Calmon. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 17 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1434100/RJ. Relator: Ministro Mauro Campbel Marques. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 25 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 39.842/SP. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 30 mai. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 41183/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 17 out. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 73907/ES. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 06 de out. 1997..

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 79604/AP. Relator: Ministro Ari Pargendler. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 10 nov. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 816.251/SP. Relator: Ministro Francisco Falcão. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 14 mar. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 853.713/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 27 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 857596/RN. Relatora: Ministra Eliane Calmon. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 19 mai. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 986.386/SP, Rel. Ministro Castro Meira. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 986386/SP. Relator: Ministro Castro Meira. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 17 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2574. Relator: Ministro Carlos Velloso. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 29 ago. 2003, p. 17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2036. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 16 jun. 2000, p. 31.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1434. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 25 fev. 2000, p. 50.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 02 abr. 1993, p. 5615.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2154. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 02 out. 2001, p. 33.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Especial nº 672673. Relator: Ministro Roberto Barroso. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 17 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23562. Relator: Ministro Maurício Correa. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 12 nov. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 114689. Relator: Ministro Oscar Correa. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 26 fev. 1988, p. 3196.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 24190. Relator: Ministro Antônio Vilas Boas. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 12 dez. 1957, p. 16.456.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 247866/CE. Relator: Ministro Ilmar Galvão. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 24 nov. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 417992/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 15 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 81603/MT. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 01 jul. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 88699, Relator: Ministro Cordeiro Guerra. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 20 nov. 1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 91508, Relator: Ministro Rafael Mayer. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 05 nov. 1979.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 91508, Relator: Ministro Rafael Mayer. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 05 nov. 1979.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 93173. Relator: Ministro Firmino Paz. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 06 ago. 1982, p. 7350.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 111079, Relator: Ministro Célio Borja. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 05 jun. 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 17124. Relator: Ministro Orozimbo Nonato. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 02 ago. 1951.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 172816, Relator: Ministro Paulo Brossard. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 13 mai. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.586/DF, Relator: Ministro Octavio Gallotti. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 12 mar. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 24190. Relator: Ministro Antonio Villas Boas. *Diário da Justiça da União*, Rio de Janeiro, 12 dez. 1957.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430.418. Relator: Ministro Roberto Barroso. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 17 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.941. Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 03 abr.. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 64559. Relator: Ministro Eloy da Rocha. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 21 mai. 1971.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 739454. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 82366. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 12 mar. 1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 83157. Relator: Ministro Eloy da Rocha. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 13 mai. 1977, p. 7305.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 91.784. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 05 fev. 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 980. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 19 set. 1980, p. 7202.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo nº 0023249-58.2013.4.01.0000/GO. Rel: Des. Federal Ney Bello. *Diário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, 20 de jun. 2014.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, jan./abr., ano 47, v. 120, no 1, Brasília: ENAP, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de Constitucionalidade e democracia. In: MAEUS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pag. 215-232.

CARVALHO, Maria do Carmo A. A. *Participação social no Brasil hoje*. Paper. Instituto Pólis. 1998.

CHAMBERS, Simone. Deliberative Democratic Theory. *Annual Review of Political Science*, v. 6, p. 307–326, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COHEN, Joshua. Democracy and Liberty. In ELSTER, Jon (org.) *Deliberative democracy*. Cambridge University Press, 1998.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2010.

COOKE, Maeve. Five Arguments for deliberative democracy. *Political studies*. Oxford: Blackwell, v. 48, p. 947-969, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei da desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 121.

CRUZ, J. Oliveira e. *Da desapropriação: comentários ao Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de julho de 1941*. Rio de Janeiro: Editora Max Limonad Ltda., 1941.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19 ed., São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

EQUATOR PRINCIPLES. *The equator principles*. Disponível em: < <http://www.equator-principles.com/index.php/about>>. Acesso em 20 ago. 2014

ESPN: *Desapropriações no Rio para Copa e Jogos-2016 ignoram lei e cidadãos* . Disponível em: <http://www.youtube.com/redirect?q=http%3A%2F%2Fespn.estadao.com.br%2Fhistoriasdoesporte%2Fnoticia%2F211293_VIDEOS%2BDESAPROPRIACOES%2BNO%2BRIO%2BPARA%2BCOPA%2BE%2BJOGOS%2B2016%2BIGNORAM%2BLEI%2BE%2BCIDADAOS&redir_token=55rPfozrburhcWZBIzp19kBDSAt8MTQxNjUyNTk3MkAxNDE2NDM5NTcy>. Acesso em 18 set. 2014.

FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Freitas de Barros S.A., 1949.

FERRAZ, Luciano de Araújo. *Novos rumos para o controle da administração pública: auditorias de gestão e eficiência administrativa*. 2003. 195f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

FRANÇA. Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Desapropriação: na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1977.

FREITAS, Juarez. A Democracia como princípio jurídico. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Org.). *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 167-197.

FUNG, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas conseqüências. In: COELHO, Vera Shattan; NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004, pp. 173-209.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ Tomás Ramón Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

GOBBATO, Ilaria. *Elementi storico costituzionali in tema di espropriazione per pubblica utilità*. 2012. 137f. Tese (Doutorado) – Università Degli Studi di Padova (Dipartimento di Storia, Filosofia E Diritto Canonico), Pádua, 2012.

GOHN, Maria da Glória. Conselhos gestores e gestão pública. *Ciências Sociais Unisinos*. v. 42, num. 001, jan.-abr., 2006, p. 5-11.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GOULARD, Ana Cristina Sette Bicalho. *Participação popular e legitimidade democrática na atuação administrativa*. 2008. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1 e 2.

HABERMAS, Jürgen. Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? *The impact of normative theory on empirical research. communication theory*, v. 16, n. 4, p. 411-426, 2006.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 8ª Ed., São Paulo: Atlas, 2009.

HARGER, Marcelo. A indenização por danos morais em desapropriação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3100, 27 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20718>>. Acesso em: 8 out. 2014.

HENDRIKS, Carolyn M. Integrated Deliberation: Reconciling Civil Society's Dual Role in Deliberative Democracy. *Political studies*, v. 54, n.3, p. 486–508, 2006.

HUMBERT, Georges Louis Hage. A ação de desapropriação por utilidade pública e os requisitos para a concessão de imissão provisória na posse: necessidade de revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Jus navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1960, 12 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11923>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. *Norma de Execução do INCRA nº 95*, de 27 de agosto de 2010. Estabelece procedimentos administrativos e técnicos nas ações de obtenção terras para assentamento de trabalhadores rurais. Disponível em: <<http://portalantigo.incra.gov.br/index.php/institucionall/legislacao--/atos-internos/normas-de-execucao/file/370-norma-de-execucao-n-95-082010>>. Acesso em 26 ago. 2014.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. *Padrões de desempenho sobre sustentabilidade socioambiental*. Disponível em: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/dfa5bc804d0829b899f3ddf81ee631cc/PS_Portuguese_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 20 ago. 2014

JOHNSON, Ian. Agricultores chineses preferem a morte à desapropriação. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/09/1341890-agricultores-chineses-preferem-a-morte-a-desapropriacao.shtml>>. Acesso em: 08 out. 2014.

JOSSE, P.L. *Les travaux publics et l'expropriation*. Paris: Editions Sirey, 1958.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual*. 2011. 430f. Tese

(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Poder local e o resgate da democracia social. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, VII, n. 16, fev 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3292>. Acesso em 28 out 2014.

MANSBRIDGE, Jane; BOHMAN, James; CHAMBERS, Simone; ESTLUND, David; FOLLESDAL, Andreas; FUNG, Archon; LAFONT, Cristina; MANIN, Bernard; MARTÍ, José Luis. The Place of self-Interest and Role of Power in Deliberative Democracy. *The journal of political philosophy*. V. 18, nº 1, PP. 64-100, 2010.

MEAD, George Herbert. *Mind self and society from the standpoint of a social behaviorist*. Chicago: University of Chicago, 1934. 402p.

MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986.

MEIRELLES, Hely. Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, janeiro/ fevereiro/ março, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Cristina Andrade. A participação popular nos contratos administrativos. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 43-63.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Antes de Habermas, para além de Habermas: uma abordagem pragmatista da democracia deliberativa. In: IX ENCONTRO DA ABCP, 2014, Brasília. *Conferências...* Brasília:04 a 07 de agosto de 2014.

MIGUEL, Luis Felipe. Representação Política em 3-D. Elementos para uma teoria ampliada da representação política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* (ISSN 0102-6909). São Paulo, v. 18, nº 51, p. 123-140, Fev., 2003.

MINAS GERAIS. Lei nº 14.184 de 30 de janeiro de 2002. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. *Diário Oficial do Estado*, Belo Horizonte, 30 jan. 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.05.7750325-5/001. Relator: Desembargador Armando Freire. *Diário do Judiciário*, Belo Horizonte, 22 mai. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.02.869494-1/006. Relatora: Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. *Diário do Judiciário*, Belo Horizonte, 08 jun. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível com Reexame Necessário nº 1.0024.11.055815-2/002. Relator: Desembargador Edilson Fernandes. *Diário do Judiciário*, Belo Horizonte, 05 ago. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.05.877494-4/001. Relator: Desembargador Eduardo Andrade. *Diário do Judiciário*, Belo Horizonte, 22 abr. 2014.

MODESTO, Paulo. Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Publico da Bahia, nº 2, abr/jun, 2005. Disponível na Internet: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em: 29 de janeiro de 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 287p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Org.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63-98.

MORÓN, Miguel Sanchez. *La particionacion del ciudadano em la administracion pública*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

PATURY, Felipe. Índios Guarani-Kaiowá anunciam suicídio coletivo no Mato Grosso do Sul. *Blog Diálogos Políticos*, Fortaleza, 20 out. 2012. Disponível em: <http://dialogospoliticos.wordpress.com/2012/10/20/indios-guarani-kaiowa-anunciam-suicidio-coletivo-no-mato-grosso-do-sul/>. Acesso em: 08 out. 2014.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol II, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, 246p.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução de políticas públicas In: Maria Paula Dallari Bucci (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, 163-176.

PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um exercício em prol da democratização do sistema administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Org.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Ed. Forense: 2006, pag. 127-200.

PORTUGAL. *Lei nº 168* de 18 de setembro de 1999. Aprova o Código das Expropriações. Disponível em: < <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-vi-leis/outra-legislacao/leis-sobre-expropriacoes>>. Acesso em 22 set. 2014.

RABELO, Sonia. Justa indenização nas expropriações imobiliárias urbanas: justiça social e o enriquecimento sem causa. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 203-220. ISBN 978-85-7700-234-4.

REIS, Cristiane de Souza. A função social da propriedade rural e o acesso à terra como respeito à dignidade da pessoa humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2912>. Acesso em: 17 out 2014.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Desapropriações e desocupações em concessões e PPPs: custos, riscos, sensibilidade política, e os Princípios do Equador*. [S.I]: Slide Share, 2013. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/desapropriao-e-reassentamento-final-para-publicacao>>. Acesso em: 11 out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70056855364/ RS. Relator: Desembargador José Luiz Reis de Azambuja. *Diário da Justiça*, Porto Alegre, 22 nov. 2013.

ROSANVALLON, Pierre. *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*. 1ª Ed. Paris: Éditions Du Seuil, 2008.

ROUSSEAU, J. J. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução: Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SÃO PAULO. Lei nº 10.177 de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. *Diário Oficial do Estado*, São Paulo, 31 jan. 2002.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Processo de desapropriação e procedimentos da desapropriação consensual*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975.

SILVA, Cristiana Fortini. A experiência belo-horizontina do orçamento participativo como ferramenta para desenvolvimento local. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*. Ano 4, n. 7, jan./jun. 2011. Belo Horizonte: Forum, p. 57-68.

SILVA, Cristiana Fortini. A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM*. Belo Horizonte, n. 12, ano 5 Abril/Junho, 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12209>>. Acesso em: 5 novembro 2012.

SILVA, Pedro Luiz Barros; MELO, Marcus André Barreto. O processo de implementação das políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projetos. *Cadernos de pesquisa: NEPP/UNICAMP*. Campinas, n. 48, p.1-17, 2000.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

SODRÉ, Eurico. *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica, 1945.

SOUZA, Maria do Carmo Campello. *Estado e partidos políticos no Brasil (1930 a 1964)*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.

SUZANAVIER. Idosos do Jabaquara, em São Paulo, sofrem com desapropriações para construção de túnel. *Rede Brasil Atual*. São Paulo, 09 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidades/2012/04/sp-idosos-sofrem-com-desapropriacao-de-casas-para-construcao-de-tunel-e-parque-no-jabaquara>>. Acesso em: 08 out. 2014.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Efetividade e eficácia dos Conselhos. Em *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. Maria do Carmo A. A. Carvalho e Ana Cláudia C. Teixeira (orgs.). São Paulo, Pólis, 2000.

VALE, Murilo Melo. A Invalidação e Convalidação de Atos em um Procedimento Administrativo. *Revista Síntese Direito Administrativo* (ISSN 2179-1651). São Paulo, n. 83, p. 52-64, nov. 2012.

VALE, Murilo Melo. O unilateralismo decisório da Administração Pública, Deliberação Pública e o Princípio Democrático: reflexões acerca da natureza jurídica do Princípio Democrático. *Revista brasileira de estudos da função Ppública - RBEFP*, ano 2, set./dez, 2013. p. 209-243. ISSN 2238-2763.

VALE, Murilo Melo. Os Conselhos Gestores de Políticas Públicas e a Democracia Deliberativa: limites e desafios para a consolidação deste instituto deliberativo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais* (ISSN 0102-1052) Belo Horizonte, v. 31, n. 1, p.43-54, 2013.

VALE, Murilo Melo. Repensando a noção de bem público e a lenda da imprescritibilidade. *O Tempo*, Caderno “Opinião”, 09 nov. 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. A Fórmula Adequada do Deliberar Democrático: Evolução e Perspectivas. *Revista de Ciências Sociais* (UGF). Rio de Janeiro, v. 10, n. 1 e 2, p. 7-31, 2005.

WALDO, Dwight. Desenvolvimento da teoria de administração democrática. *Revista do Serviço Público* (ISSN 0034/9240). Brasília, v. 63, nº 3, p. 381-397, Jul/Set 2012.

YOUNG, Iris Marion. *Representação política, identidade e minorias*. Revista Lua Nova. São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006.

ANEXO A - Legislação nacional sobre desapropriações anteriormente à vigência do Decreto-lei nº 3.365/1941

a) Decreto de 21 de Maio de 1821 [redação original]:

Prohibe tomar-se a qualquer, cousa alguma contraa sua vontade, e sem indemnisação.

Sendo uma das principaes bases do pacto social entre os homens segurança de seus bens; e Constando-Me que com horrenda infracção do Sagrado Direito de Propriedade se commettem os attentados de tomar-se, a pretexto de necessidades do Estado, e Real Fazenda, effeitos de particulares contra a vontade destes, e muitas vezes para se locupletarem aquelles, que os mandam violentamente tomar; e levando sua atrocidade a ponto de negar-se qualquer titulo para poder requerer a devida indemnisação: Determino que da data deste em diante, a ninguem possa tomar-se contra sua vontade cousa alguma de que fôr possuidor, ou proprietario; sejam quaesquer que forem as necessidades do Estado, sem que primeiro de commum acordo se ajuste o preço, que lhe deve por a Real Fazenda ser pago no momento da entrega; e porque pode acontecer que alguma vez falem meios proporcionaes a tão promptos pagamentos: Ordeno, nesse caso, que ao vendedor se entregue Tittulo apparelhado para em tempo competente haver sua indemnisação, quando elle constrangimento consinta em lhe ser tirada a cousa necessaria ao Estado e aceite aquelle modo de pagamento. Os que o contrario fizerem incorreção na pena do dobro do valor a beneficio dos offendidos. O Conde dos Arcos, do Conselho de Sua Magestade, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios, o tenha assim entendido, e o faça executar com os despachos necessarios.

Palacio do Rio de Janeiro em 21 de Maio de 1821.

Com a rubrica do Principe Regente.

Conde dos Arcos.

b) Lei de 9 de Setembro de 1826 [redação original]:

Marca os casos em que terá que logar a desapropriação da propriedade particular por necessidade, e utilidade publica e as formalidades que devem preceder a mesma desapropriação.

D. Pedro I por Graça de Deus e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil : Fazemos saber a todos os nossos subditos que a Assembléa Geral decretou, e nós queremos a lei seguinte:

Art. 1.º A unica excepção feita á plenitude do direito de propriedade conforme a Constituição do Imperio, Tit. 8.º art. 179, § 22, terá logar quando o bem publico exigir uso, ou emprego da propriedade do cidadão por necessidade nos casos seguintes:

- 1.º Defesa do Estado.
- 2.º Segurança Publica.
- 3.º Soccorro publico em tempo de fome, ou outra extraordinaria calamidade.
- 4.º Salubridade publica.

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

- 1.º Instituições de caridade.
- 2.º Fundações de casas de instrucção de mocidade.
- 3.º Commodidade geral.
- 4.º Decoração publica.

Art. 3.º A verificação dos casos de necessidade, á que se destinar a propriedade do cidadão, será feita a requerimento do Procurador da Fazenda Publica, perante o Juiz do domicilio do proprietario, com audiencia d'elle; mas a verificação dos casos de utilidade terá logar por acto do Corpo Legislativo, perante o qual será levada a requisição do Procurador da Fazenda Publica, e a resposta da parte.

Art. 4.º O valor da propriedade será calculado não só pelo intrinseco, da mesma propriedade, como da sua localidade, e interesse, que della tira o proprietario; e fixado por arbitros nomeados pelo Procurador da Fazenda publica, e pelo dono da propriedade.

Art. 5.º Antes do proprietario ser privado da sua propriedade será indemnizado do seu valor.

Art. 6.º Se o proprietario recusar receber o valor da propriedade, será levado ao Deposito Publico; por cujo conhecimento junto aos autos se haverá a posse da propriedade.

Art. 7.º Fica livre ás partes interpôr todos os recursos legaes.

Art. 8.º No caso de perigo imminente, como de guerra, ou commoção, cessarão todas as formalidades, e poder-se-ha tomar posse do uso, quando baste; ou mesmo do dominio da propriedade, quando seja necessario para emprego do bem publico nos termos do art. 1.º, logo que seja liquidado o seu valor, e cumprida a disposição dos arts. 5.º e 6.º, reservados os direitos, para se deduzirem em tempo opportuno.

Mandamos portanto a todas as autoridades, a quem o conhecimento, e execução da referida lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir, e guardar tão inteiramente como nella se contém. O Secretario de Estado dos Negocios do Imperio a faça imprimir, publicar, e correr.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos 9 dias do mez de Setembro de 1826, 5.º da Independencia e do Imperio.

IMPERADOR com rubrica e guarda.

José Feliciano Fernandes Pinheiro.

Carta de lei pela qual Vossa Magestade Imperial manda executar o decreto da Assembléa Geral Legislativa, que houve por bem sancionar, na qual se marcam os casos, em que terá logar a unica excepção feita á plenitude do direito de propriedade, na fórma acima declarada.

Para Vossa Magestade Imperial ver.

Joaquim José Lopes a fez.

LEGISLATIVO.

Registrada a fl. 129 do livro 4.º 1 e registro de cartas, leis, e alvarás - Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio em 18 de Setembro de 1826 - Albino dos Santos Pereira

Pedro Machado de Miranda Malheiro.

Foi publicada esta Carta de Lei nesta Chancellaria-mór do Imperio do Brazil.- Rio de Janeiro, 26 de Setembro de 1826.- *Francisco Xavier Raposo de Albuquerque.*

Registrada na Chancellaria-mór do Imperio do Brazil a fl. 59 do livro 1.º. das leis.- Rio de Janeiro, 26 de Setembro de 1826.- *Demetrio José da Cruz.*

c) Decreto nº 353, de 12 de Julho de 1845 [redação original]

Designa os casos em que terá lugar a desapropriação por utilidade publica geral, ou municipal da Côrte.

Hei por bem Sanccionar e Mandar que se execute a seguinte Resolução da Assembléa Geral Legislativa.

Art. 1º A desapropriação por utilidade publica geral, ou municipal da Côrte, terá lugar nos seguintes casos:

§ 1º Construcção de edificios e estabelecimentos publicas de qualquer natureza que sejam.

§ 2º Fundação de povoações, hospitaes e casas de caridade, ou de instrucção.

§ 3º Aberturas, alargamentos, ou prolongamentos de estradas, ruas, praças, e canaes.

§ 4º Construcção de pontes, fontes, aqueductos, portos, diques, caes, pastagens, e de quaesquer estabelecimentos destinados á commodidade, ou servidão publica.

§ 5º Construcções, ou obras destinadas á decoraçáo, ou salubridade publica.

Art. 2º Quando fôr determinada por Lei, ou Decreto, qualquer obra das indicadas no artigo antecedente, compreendendo, no todo, ou em parte, predios particulares, que devão ser cedidos, ou desapropriados, sera levantado por Engenheiros, ou peritos, o plano da obra, e as plantas dos predios comprehendidos, declarando-se os nomes das pessoas a quem pertencem.

Art. 3º Tanto o plano da obra, como as plantas dos predios comprehendidos, serão depositados na Camara Municipal respectiva, e ahi expostos ao conhecimento dos proprietarios por dez dias, contados do dia da convocação, por bando feito aos mesmos para esse fim. A mesma convocação será feita por editaes affixados em lugares publicos, e em Jornaes, havendo-os no Municipio.

Art. 4º O Secretario da Camara Municipal certificará as publicações por bando, e por editaes, e lavrará termo de comparecimento dos proprietarios tomando-lhes as declarações, e reclamações que fizerem verbalmente, e annexando as que lhe forem apresentadas, ou dirigidas por escripto.

Art. 5º Findos os dez dias, a Camara Municipal, unindo a si dous Engenheiros, e na falta, peritos (não sendo os que levantarão o plano), receberá as reclamações dos proprietarios, e ouvindo as pessoas que entender conveniente, dará o seu parecer.

Todos estes actos findaráõ em vinte dias improrogaveis, seguidos aos dez precedentes; e lavrado termo de quanto occorrer, será tudo remettido ao Presidente da Provincia.

Art. 6º Se o Presidente da Provincia, em vista das reclamações e observações dos proprietarios, e parecer da Camara Municipal, entender que o plano primitivo deva soffrer alteração, e esta comprehender outros predios particulares, mandará praticar a respeito destes as formalidades do art. 2º, e seguintes.

Art. 7º O Presidente da Provincia remetterá tudo com o seu parecer ao Governo Imperial, a quem compete approvar definitivamente os planos das obras, para cuja execução fôr necessario cessão de propriedades particulares por motivo de utilidade publica geral, ou municipal da Corte.

Art. 8º Quando as obras, de que trata o art. 1º, forem projectadas na Côrte, a Camara Municipal remetterá directamente ao Ministro do Imperio as reclamações, e observações que fizerem as partes; e se as ditas obras forem projectadas pela mesma Camara Municipal da Côrte e a desapropriação fôr exigida por ella, por utilidade Municipal, não terão lugar as disposições do art. 5º, e seguintes. Neste caso, praticadas as formalidades dos arts. 2º, 3º, e 4º, a referida Camara remetterá os documentos e plantas, com a sua requisição, ao Ministro do Imperio, perante quem poderão os proprietarios fazer suas reclamações, e observações no espaço estabelecido no art. 5º, devendo o Ministro ouvir a Camara sobre taes reclamações, se parecerem attendiveis.

Art. 9º Approvados os planos das obras por Decreto Imperial, depois de praticadas as formalidades dos artigos antecedentes, entende-se verificado o bem publico para se exigir o uso, ou emprego das propriedades particulares comprehendidas nos planos.

Art. 10. A desapropriação será promovida pelo Procurador da Corôa, ou outro Agente do Poder Executivo para isso designado, quando as construcções, e obras, e estabelecimentos, que derem lugar á desapropriação, se fizerem á custa do Thesouro Publico; será porém promovida pelo Procurador da Camara Municipal da Côrte, ou por outro Agente della, quando se fizerem á custa das rendas da mesma.

Art. 11. O Juiz do Civel de primeira instancia pronunciará a desapropriação, á vista dos seguintes requisitos:

§ 1º Lei, ou Decreto Imperial, que autorize algumas das obras, ou estabelecimentos declarados no art. 1º.

§ 2º Decreto Imperial, que approve definitivamente os planos das ditas obras.

§ 3º Plantas de cada uma das propriedades particulares comprehendidas no plano, com indicação dos nomes dos proprietarios.

§ 4º Certidão de se haverem praticado todas as formalidades exigidas para a approvação definitiva dos planos.

§ 5º Citação dos proprietarios, e suas mulheres. Esta decisão será intimada aos proprietarios, e della se dará agravo de petição, ou de instrumento, no qual só haverá provimento, quando faltar algum dos requisitos exigidos neste artigo, ou a decisão não fôr conforme a elles.

Art. 12. Dentro de cinco dias, depois desta intimação, é o proprietario obrigado a declarar em Juizo os nomes dos inquilinos, ou rendeiros, e possuidores de bemfeitorias, e de servidões reaes, que podem ser prejudicados pela desapropriação, e apresentar copia authentica dos contractos, que com elles tiver.

A falta desta declaração, e apresentação, obriga o proprietario á indemnização dos ditos interessados.

Art. 13. O Procurador, ou Agente, que promover a desapropriação, declarará por termo nos autos a quantia, ou quantias, que offerece por indemnização ao proprietario, e aos mais interessados declarados na fórmula do artigo antecedente; e lhes fará intimar esta offerta, que será publicada em Jornaes, havendo-os no Lugar.

Art. 14. Os proprietarios e os outros interessados, a quem fôr feita a offerta, serão obrigados a declarar, dentro de dez dias da intimação e aceitação a indemnização offerecida, e no caso de a não aceitarem declararão a quantia, que pretendem.

Art. 15. Os tutores e curadores das pessoas que os devem ter, serão autorizados por simples despacho do Juiz dos Orphãos a consentirem na desapropriação, e a aceitarem as ofertas, achando-as uteis aos seus tutelados, ou curados.

Art. 16. Se as ofertas não forem aceitas no prazo do art. 14, e o Procurador, ou Agente da desapropriação, não annuir ás exigencias, serão as indemnizações marcadas por um Jury na fórmula seguinte.

Art. 17. O Juiz do civil designará na lista dos Jurados do Municipio, onde forem silos os predios, que se devem desapropriar, dezoito dos principaes proprietarios nella inscriptos, e formando com elles uma lista especial, a fará intimar ao proprietario, e ao Procurador, ou Agente da desapropriação, para comparecerem na primeira audiencia, e cada um escolher tres Jurados da lista especial, com pena de revelia.

Sendo muitos os co-proprietários, ou concorrendo outros interessados na indenização, a escolha; dos tres Jurados será feita por accordo de todos, e quando não concordarem, sendo tres, cada um nomeará um; e sendo mais, ou menos de tres, a sorte decidirá quem deva nomear um, ou mais de um.

Alem dos seis escolhidos pelas partes, ou á sua revelia, o Juiz do Civel escolherá mais um, e os sete Jurados assim escolhidos, formarão o Jury, que deve fixar a indenização.

Art. 18. Não poderão ser designados os Jurados interessados na desapropriação, ou indenização.

Art. 19. Os Jurados escolhidos comparecerão com o Juiz do Civel, e seu Escrivão, no lugar e dia, para que forem convocados, e prestarão juramento: os que não comparecerem sem motivo legitimo, serão multados pelo Juiz em cinquenta mil réis para as despesas da Municipalidade, e substituidos por nova escolha.

Art. 20. Reunindo o Jury em sessão publica, presidido pelo Juiz do Civel, este lhe apresentará:

1º As offertas, e as exigencias para as indenizações.

2º As plantas dos predios sujeitos á desapropriação, e os documentos oferecidos pelas partes em seu favor.

Art. 21. As partes, ou seus procuradores, poderão apresentar suas observações resumidamente, e o Jury poderá ouvir os peritos, que julgar conveniente, fazer vistorias nos lugares, ou delegar para esse fim um, ou alguns de seus Membros.

Art. 22. A discussão será publicada, podendo continuar mais um dia; e logo que fôr encerrada pelo Juiz do Civel, os Jurados se retirarão á sala particular, e sob a presidencia de um de seus Membros, ahi eleito, fixarão as indenizações por maioria absoluta de votos.

Art. 23. Serão fixadas indenizações distinctas em favor das partes que as reclamarem sobre titulos diferentes. No caso de usufructo, porém, uma só indenização será fixada pelo Jury,

em atenção ao valor total da propriedade, e o usufructuario, e proprietario, exercerão seus direitos sobre a quantia fixada.

O usufructuario, não sendo pai, ou mãe do proprietario, poderá ser obrigado a prestar fiança.

Art. 24. As indemnizações, que o Jury fixar, não poderão em caso algum ser inferiores ás offertas dos agentes da desapropriação, nem superiores ás exigencias das partes.

Art. 25. Os edificios, que fôr necessario desapropriar em parte, serão desapropriados e indemnizados no todo, se os proprietarios o requererem.

Com a mesma condição serão igualmente desapropriados, e indemnizados no todo, os terrenos, que ficarem reduzidos a menos de metade.

Art. 26. Nas indemnizações os Jurados attenderão á localidade, ao tempo, ao valor em que ficar o resto da propriedade por causa da nova obra, ao damno que provier da desapropriação, e a quaesquer outras circumstancias que influão no preço: porém as construcções, plantações, e quaesquer benfeitorias feitas na propriedade, depois de conhecido o plano das obras, e com o fim de elevar a indemnização, não deverão ser attendidas.

Art. 27. Assignada a decisão do Jury, será esta entregue pelo seu Presidente ao Juiz do Civel, que a julgará por sentença, condemnando nas custas na fórmula abaixo declarada.

Art. 28. Se as indemnizações não excederem ás offertas, as partes que as recusarem serão condemnadas nas custas; e se forem iguaes ás exigencias das partes, serão estas alliviadas das custas, que serão pagas pelo Thesouro, ou pela Municipalidade.

Se a indemnização fôr superior á oferta e inferior á exigencia, as custas se dividirão em proporção.

Serão sempre condemnados nas custas, qualquer que seja a somma da indemnização, os proprietarios, que se não conformarem com a disposição do art. 44.

Art. 29. Desta sentença se poderá interpor a recurso de appellação para a Relação do Districto.

A apelação terá o efeito devolutivo sómente; e a Relação só poderá annullar o processo por falta da observancia de formas substanciaes.

Se a Relação annullar o processo, será fixada a indemnização com outros Jurados, que serão presididos pelo Substituto do Juiz do Civel, e do julgamento não haverá mais recurso.

Art. 30. Fixada a indemnização na fórma acima, e depositada a quantia, o Juiz do Civel expedirá Mandado de emissão de posse, que não admittirá embargos de natureza alguma.

Art. 31. Feito o deposito, praticar-se-ha o disposto na Ord. Liv. 4º Tit. 6º in pr. e § 1º, com o que o predio desapropriado se considerará livre de todos os onus, hypothecas, e lides pendentes, as quaes não poderão impedir o processo da desapropriação.

Art. 32. Quando as partes aceitarem as offertas do Procurador, ou Agente, que promover a desapropriação, será a quantia depositada, e se praticará o ordenado no artigo antecedente para os mesmos fins.

Art. 33. A desapropriação, e processo della, são isentos dos impostos de siza, e dos sellos fixos, e proporcionaes.

Art. 34. Os empzarios das obras declaradas no art. 1º promoverão as desapropriações necessarias para a execução das ditas obras, usando dos mesmos direitos do Procurador da Corôa, e da Camara Municipal.

Art. 35. Fica em seu vigor a Lei de vinte nove de Setembro de mil oitocentos e vinte seis, no que toca á desapropriação por necessidade.

Art. 36. Ficão revogadas as Leis, e disposições em contrario.

José Carlos Pereira de Almeida Torres, Conselheiro de Estado, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio, o tenha assim entendido e faça executar com os despachos necessarios.

Palacio do Rio de Janeiro em doze de Julho de mil oitocentos quarenta e cinco, vigesimo quarto da Independencia e do Imperio.

Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.

José Carlos Pereira de Almeida Torres.

d) Decreto nº 816, de 10 de Julho de 1855 [redação original]

Autorisa o Governo a estabelecer o processo para a desapropriação dos predios e terrenos que forem necessarios para a construcção das obras e mais serviços pertencentes á Estrada de ferro de Dom Pedro Segundo, e ás outras estradas de ferro do Brasil, e a marcar as regras para a indemnisação dos proprietarios.

Hei por bem Sanccionar e Mandar que se execute a Resolução seguinte da Assembléa Geral Legislativa.

Art. 1º O Governo fica autorizado a estabelecer o processo para as desapropriações dos predios e terrenos que forem necessarios para a construcção das obras e mais serviços pertencentes á Estrada de ferro de Dom Pedro Segundo, e ás outras estradas de ferro do Brasil, e á marcar as regras para as indemnisações dos proprietarios.

O processo será summarissimo, e a avaliação para a indemnisação, no caso de falta de accordo entre os proprietarios e os agentes das respectivas Companhias, feita por cinco arbitros, dous nomeados pelo proprietario, dous pelo agente da Companhia da estrada de que se trata, e hum pelo Governo.

Não poderão ser arbitros: 1º os socios da Companhia: 2º os proprietarios dos predios ou terrenos que houverem de ser desapropriados.

Art. 2º Ficão revogadas as disposições em contrario.

Luiz Pedreira do Coutto Ferraz, do Meu Conselho, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios do Imperio, assim o tenha entendido e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em

dez de Julho de mil oitocentos cincoenta e cinco, trigesimo quarto da Independencia e do Imperio.

Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.

Luiz Pedreira do Coutto Ferraz.

e) Decreto nº 1.664, de 20 de Outubro de 1855 [redação original]

Dá Regulamento para execução do Decreto N.º 816 de 10 de Julho do corrente anno sobre desapropriações para construcção de obras e serviços das Estradas de ferro do Brasil.

Hei por bem que, na execução do Decreto N.º 816 de 10 de Julho do corrente anno, que autorisa o Governo a estabelecer o processo para a desapropriação dos predios e terrenos que forem necessarios para a construcção das obras e mais serviços pertencentes á Estrada de ferro de Dom Pedro Segundo, e ás outras estradas de ferro do Brasil, e a marcar as regras para a indemnisação dos proprietarios dos ditos predios e terras, se observe o Regulamento que com este baixa, assignado por Luiz Pedreira do Coutto Ferraz, do Meu Conselho, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios do Imperio, que assim o tenha entendido e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em vinte e sete de Outubro de mil oitocentos cincoenta e cinco, trigesimo quarto da Independencia e do Imperio.

Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.

Luiz Pedreira do Coutto Ferraz.

REGULAMENTO PARA A EXECUÇÃO DA LEI Nº 816 DE 10 DE JULHO DO CORRENTE ANNO

Art. 1º As estradas de ferro, autorizadas por Lei e Decreto do Governo Imperial não poderão ser executadas pelos Empresarios ou Companhias, á quem tiver sido incumbida a sua execução, sem que tenham sido approvadas as respectivas plantas por Decreto.

Art. 2º Pela aprovação das plantas por Decreto entender-se-hão desapropriados, em favor dos Empresarios ou Companhias incumbidas da construcção das Estradas de ferro, todos os predios e terrenos comprehendidos, total ou parcialmente, nos planos e plantas das respectivas estradas, que forem necessarios para a sua construcção, estações, serviço e mais dependencias.

Nenhuma Autoridade judiciaria ou administrativa poderá admittir reclamação ou contestação contra a desapropriação resultante da aprovação das plantas por Decreto.

Art. 3º O Empresario ou Companhia incumbida da construcção da estrada de ferro não tomará posse dos terrenos e predios desapropriados, sem que preceda á respectiva indemnisação.

O processo de indemnisação será promovido pelos Agentes do Empresario ou Companhia perante os Juizes do Civel, onde os houver, e, na falta destes, perante os Juizes Municipaes dos respectivos Termos, no caso de não poderem o Empresario ou os Directores da Companhia convencionar amigavelmente com os proprietarios, ou quando estes forem menores ou interdictos, se seus tutores ou curadores não aceitarem as offertas.

Art. 4º Para se instaurar o processo perante o Juiz do Civel ou Municipal, conforme o disposto no Artigo antecedente, o Empresario ou Agentes da Companhia lhe requererão em separado a citação de cada hum dos proprietarios, e de seus tutores ou curadores, no caso de serem menores, para effeito de nomearem dous arbitros, que com os dous nomeados pelo Empresario ou Companhia, e com o designado pelo Governo, procedão á avaliação do predio ou terreno, sendo que não queirão aceitar a quantia que o Empresario ou Agentes da Companhia deverão offerecer para essa indemnisação.

O requerimento deverá ser instruido com os seguintes documentos.

1º Cópia do Decreto, que approvou o plano das obras.

2º Cópia da planta especial do terreno ou do predio.

3º Attestado de hum Engenheiro designado pelo Governo, certificando ser o terreno ou predio, de que se tratar, comprehendido no plano approved por Decreto Imperial, e ser exacta a planta, que delle se apresentar.

4º Declaração dos dous arbitros que nomearem para com os do proprietario, e o designado pelo Governo, procederem á avaliação da indemnisação, se a offerta não for aceita.

Se se tratar de indemnisação de predio urbano, certidão da decima que tiver sido paga no 2º semestre do ultimo anno financeiro, e no caso de não se ter pago decima nesse semestre, por não ser devida, certidão da ultima anterior, e da primeira posterior que se houver pago.

A Companhia da Estrada de ferro de D. Pedro II. fica dispensada da apresentação do documento, de que trata o numero 1º dos processos de indemnisação dos predios e terrenos comprehendidos na 1ª Secção da referida estrada contratada pelo Governo Imperial com Mr. E. Price.

Art. 5º Os proprietarios ou seus tutores ou curadores, á quem for feita a citação, serão obrigados, sob pena de revelia, a declarar dentro de cinco dias, depois da citação se aceitam, ou não, a indemnisação offercida; e, no caso de não a acceitarem, declararão a quantia que pretenderem, e nomearão logo dous arbitros que deverão proceder com os do Empresario ou Companhia e o designado pelo Governo, á avaliação da indemnisação, se o Empresario ou Companhia não se conformar com o pedido feito pelo proprietario.

Nos casos de revelia o Juiz nomeará os arbitros que competiria ao proprietario nomear.

Art. 6º Os tutores e curadores dos proprietarios, que os tiverem, serão autorizados por simples despacho do Juiz de Orphãos a aceitar as ofertas da indemnisação, que acharem uteis a seus tutelados ou curados.

Art. 7º Se o offercimento do Empresario ou Companhia, ou pedido do proprietario for aceito, recebida por este a quantia, ou depositada, se recusar ou não poder recebel-a, o Juiz do Civel ou o Municipal mandará passar em favor do Empresario ou Companhia mandado de posse, que será executado, sem embargo de quaesquer embargos, e servirá de titulo ao Empresario ou Companhia.

Art. 8º Se nem o offercimento do Empresario ou Companhia, nem o pedido do proprietario for aceito, os arbitros nomeados se reunirão sob a presidencia do Juiz á que se refere o Art. 3º no dia e hora fixados por este, e em sua presença farão a avaliação da indemnisação devida, observadas as regras dos Arts. 12 e 13.

Art. 9º Feita a avaliação e recebida pelo proprietario a sua importancia, ou depositada, se recusar, ou não poder recebel-a, mandará o Juiz passar mandado de posse na fórmula do Art. 7º, se as indemnisações não excederem as offertas do Empresario ou Companhia; as partes que as tiverem recusado pagarão as custas do processo; se porem forem superiores, será o Empresario ou Companhia condemnada nas custas.

Art. 10. As pessoas que forem nomeadas arbitros pelo Empresario ou Companhia, ou pelos proprietarios, não poderão recusar o encargo, salvo sendo empregados publicos, ou tendo algum impedimento dos declarados no Art. 8º do Decreto nº 806.

Art. 11. Os arbitros, que não forem escuzos pelo Juiz, e que não comparecerem no dia fixado á avaliação dos predios e terrenos desapropriados, poderão ser compellidos a cumprir o seu dever com multa até 50\$000, e prisão até 8 dias.

As multas e prisão serão ordenadas pelo Juiz administrativamente, revertendo as multas em favor da respectiva Municipalidade.

Art. 12. Para proceder á avaliação das indemnisações dos terrenos que não forem quintaes das casas sujeitas ao pagamento da decima os arbitros observarão as seguintes regras:

1ª As indemnisações não poderão ser em caso algum inferiores ás offertas do Empresario ou Agentes da Companhia, nem superiores ás exigencias dos proprietarios.

2ª Se os terrenos ou predios, que houverem de ser desapropriados somente em parte, ficarem reduzidos a menos de metade de sua extensão, ou ficarem privados das serventias necessarias para uso e gozo dos terrenos e predios não comprehendidos na desapropriação, ou ficarem muito desmerecidos do seu valor pela privação de obras e bemfeitorias importantes, serão desapropriados e indemnizados no seu todo, se assim requererem os seus proprietarios.

3ª Serão fixadas indenizações em favor de cada huma das partes, que as reclamarem sob titulos differentes.

No caso de uso-fructo, porêm, huma só indemnisação será fixada em attenção ao valor total da propriedade, e o uso-fructuario e o proprietario exercerão seos direitos sobre a quantia fixada.

4ª Os arbitros attenderão á localidade, ao tempo, ao valor em que ficar o resto da propriedade, ao damno que provier da desapropriação, e á quaesquer outras circumstancias que influão no preço; porêm as construcções, plantações e quaesquer bemfeitorias feitas na propriedade depois de conhecido o plano das obras, e com o fim de elevarem a indemnisação, não deverão ser attendidas.

5ª As partes ou seus procuradores poderão apresentar suas observações resumidamente, e os arbitros poderão ouvir os peritos que julgarem conveniente, fazer vestorias nos lugares ou delegar para este fim hum ou alguns de seus Membros.

Art. 13. Para a avaliação das indenizações dos predios sujeitos á decima serão observadas as seguintes regras:

1ª Nenhuma indemnisação poderá ser menor, do que o valor de 20 annos do rendimento do predio, devendo ser calculado este rendimento pela decima que houver pago no ultimo semestre immediato á aquelle, em que houver de verificar-se a desapropriação; e no caso de não ter pago decima neste semestre, pela certidão da que pagou no semestre anterior.

Se não houver pago decima no referido semestre, regular-se-ha o preço sómente pela ultima decima paga, salvo o caso de se haverem feito no predio obras importantes depois desse pagamento.

2ª Nenhuma indemnisação será elevada á maior quantia no que importarem os ditos 20 annos de rendimento calculado pela decima, e mais 10% dessa importancia, se o referido predio estiver alugado, e os proprietarios forem maiores; se porêm forem menores ou morarem nos predios que tiverem de ser indemnizados, ou forem corporações de mão morta, ou os predios

estiverem no ultimo caso da regra 1ª, a indemnisação poderá ser elevada até 20 % acima dos 20 annos de rendimento calculado pela decima.

Se os predios forem de corporações que não paguem decima, ou pertencerem ao Estado, e não estiverem comprehendidos na disposição da 2ª parte do § 1º do Art. 1º do Decreto de 26 de Junho de 1852, a avaliação se fará, no 1º caso sobre a base do aluguel do predio com a porcentagem devida, á juizo dos arbitros, não excedendo a 20 %; e no 2º caso será a avaliação feita por estimativa, precedendo informação de dous Engenheiros e de dous mestres de obras designados pelo Juiz do Civel.

3ª A indemnisação dos predios, que estiverem situados em localidades não sujeitas ao imposto da decima, será feita segundo a avaliação, á que se proceder sobre a base do seu aluguel com a porcentagem devida, á juizo dos arbitros, não excedendo a 20%.

4º A indemnisação daquelles, á que por seu destino especial não poderem ser applicadas as regras dos §§ anteriores, será feita segundo as regras estabelecidas para os terrenos no Artigo 12.

Art. 14. Os proprietarios dos terrenos e predios, pelos quaes devão passar as Estradas de ferro autorizadas pelo Corpo Legislativo, e concedidas a Empresarios ou Companhias pelo Governo Imperial, não poderão impedir que esses terrenos ou predios sejam examinados e percorridos pelos Engenheiros encarregados do levantamento dos planos e plantas das Estradas.

Os Empresarios ou Companhias e seus Engenheiros poderão recorrer ás Autoridades administrativas ou policiaes no caso de recuza dos proprietarios. Fica porêm entendido que terão os ditos proprietarios o direito de serem indemnizados do valor de quaesquer bemfeitorias, que tenham sido destruidas ou damnificadas por esses exames.

Palacio do Rio de Janeiro em 27 de Outubro de 1855.

Luiz Pedreira do Coutto Ferraz.

f) Lei nº 3.396, de 24 de Novembro de 1888 [redação original]

Orça a Receita Geral do Imperio para o exercicio de 1889 e dá outras providencias.

D. Pedro II por Graça de Deus e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos subditos que a Assembléa Geral decretou e Nós queremos a Lei seguinte:

[...]

Art. 21. E' applicavel á desapropriação de aguas para abastecimento das povoações o processo estabelecido no Decreto n. 1664 de 27 de Outubro de 1855, com as seguintes modificações:

I. Os arbitros serão dous, nomeado um por quem promover a desapropriação e outro pelo proprietario, desempatando o Juiz no caso de não accordarem sobre o preço da indemnização;

II. O valor das aguas a indemnizar será o que corresponder ao volume ou força motora de que effectivamente utilizar-se o proprietario, ao tempo da desapropriação;

III. A indemnização não excederá á exigencia do proprietario e nem será inferior:

a) A' offerta, previamente approvada pelo Ministerio da Agricultura;

b) A 6% do valor da propriedade constante do inventario ou contracto de aquisição, revestido das formalidades legaes, anteriores á decretação da obra, e, na falta de inventario ou contracto, do valor que estimarem os arbitros.

Art. 22. Quando o abastecimento exigir construcções em terrenos proximos ou adjacentes aos mananciaes, será devida indemnização pelos que para esse fim forem desapropriados, observando-se, em tal caso, na estimação do valor, as regras prescriptas nos arts. 12 e 13 do citado Decreto n. 1664.

Art. 23. Possuindo o proprietario estabelecimento que fique prejudicado com a desapropriação, por não permittir o interesse publico, que, na fórmula do artigo seguinte, lhe seja fornecida quantidade d'agua sufficiente para a respectiva exploração, será tambem

desapropriado o mesmo estabelecimento, regulando-se a indemnização pelo disposto nos mencionados arts. 12 e 13 do citado Decreto n. 1664.

Art. 24. Além da indemnização, é garantida ao proprietario a quantidade de agua necessaria ao consumo domestico, fazendo-se para esse fim as convenientes derivações.

Art. 25. Sempre que as obras do abastecimento houverem de ser feitas administrativamente, promoverão a desapropriação, na Côrte o Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional, nas Provincias os Procuradores Fiscaes das Thesourarias.

[...]

g) Decreto nº 1.021, de 26 de Agosto de 1903 [redação original]

Manda applicar a todas as obras da competencia da União e do Districto Federal o decreto n. 816, de 10 de julho de 1855, com algumas alterações.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil:

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte:

Art. 1º São applicaveis a todas as obras da competencia da União e do Districto Federal, executadas administrativamente, ou por contracto, as disposições do decreto legislativo n. 816, de 10 de julho de 1855, com a seguinte alteração:

Os arbitros incumbidos de fixar o valor da indemnização serão em numero de tres, sendo nomeados, um pelo respectivo Governo, outro pelo proprietario ou seus representantes legaes, e o terceiro pelo juiz.

Art. 2º O Governo expedirá regulamento para execução da presente lei, modificando, de accordo com ella, o processo estabelecido pelo decreto n. 1664 de 27 de outubro de 1855, e demais formalidades, para desapropriações, podendo consolidar as disposições vigentes. O quantum da indemnização ao proprietario não será inferior a 10, nem superior a 15 vezes o

valor locativo, deduzida previamente a importancia do imposto predial e tendo por base este imposto lançado no anno anterior ao da decretação da desapropriação.

§ 1º Si a propriedade não estiver sujeita a imposto predial, o valor da indemnização será calculado pelo aluguel do ultimo anno, verificado ou estimado por arbitros.

§ 2º Si a propriedade tiver sido reconstruida em data posterior ao lançamento para o ultimo anno, ou tiver cahido em estado de ruinas, a indemnização não ficará sujeita aos limites estabelecidos no regulamento.

§ 3º Si houver urgencia, póde o Governo respectivo, depositando o maximo estabelecido, requerer ao juiz a immediata immissão na posse do immovel, até que seja regularmente verificada a importancia da indemnização. Feito o deposito, poderá, entretanto, o proprietario levantar desde logo a somma correspondente ao minimo.

§ 4º Si, por qualquer motivo, não forem levadas a effeito as obras para as quaes foi decretada a desapropriação, é permittido ao proprietario reaver o seu immovel, restituindo a importancia recebida, indemnizando as bemfeitorias que porventura tenham sido feitas, e augmentando o valor do predio.

§ 5º Si a desapropriação tiver por fim a abertura de novas ruas, será facultada ao proprietario, que acceitar a indemnização por accôrdo, a aquisição dos terrenos nas novas vias de communicacão, si os houver disponiveis, fixado pelo respectivo Governo o preço minimo, independente de concurrencia.

§ 6º Si houver accumulo de serviço nos processos das desapropriações, poderá o Governo nomear, pelo Ministerio ao qual pertença a obra, uma ou mais pessoas idoneas que representem provisoriamente a Fazenda Nacional, activa e passivamente, em Juizo ou fóra delle, percebendo a remuneração razoavel que for arbitrada pela verba consignada para as despesas de desapropriação.

§ 7º Quando os locatarios reclamarem, em tempo opportuno, qualquer indemnização a que tenham provado direito por bemfeitorias necessarias ou uteis, que valorizem o predio, ou por

haverem reconstruído o prédio anteriormente á presente lei, o Governo poderá entrar em accordo com elles pagando-lhes o que for reconhecidamente justo.

Em falta desse accordo prevalecerão para a avaliação as regras e os limites legais. Fica entendido que o valor pago aos locatarios não poderá ser computado na parte do proprietario, ao qual só competirá a indemnização do preço dado, segundo as regras desta lei, ao prédio sem as melhorias, ou ao terreno sem edificio.

§ 8º As questões entre proprietarios e locatarios ou quaesquer terceiros não impedirão, em caso algum, o seguimento do processo da desapropriação. E, pois, em falta de accordo entre os interessados, o Governo depositará o preço das avaliações para que sobre elle os interessados exerçam os seus direitos; e feito o deposito, o Governo entrará na posse do prédio, continuando o processo desembaraçadamente.

§ 9º Quando no prédio desapropriado houver grandes installações, como de machinismos em funcionamento, o Governo poderá, si julgar justo e equitativo, indemnizar ou fazer á sua custa a despeza do desmonte e transporte dessas installações, ou apenas auxiliar com uma parte razoavel os gastos do transporte.

Art. 3º O Governo no regulamento estabelecerá tambem as regras e formalidades para a occupação temporaria de immoveis, quando for indispensavel á execução das obras decretadas e para a devida indemnização aos proprietarios.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, 26 de agosto de 1903, 15º da Republica.

FRANCISCO DE PAULA RODRIGUES ALVES.

J. J. Seabra.

h) Decreto nº 4.956, de 9 de Setembro de 1903 [redação original]

Approva o regulamento de consolidação e modificação do processo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade publica.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil:

Usando da autorização conferida pelo art. 2º do decreto n. 1021 de 26 de agosto deste anno, resolve approvar o regulamento que com este baixa, assignado pelo Ministro de Estado da Justiça e Negocios Interiores, de consolidação e modificação processo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade publica para todas as obras da União e do Districto Federal.

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 1903, 15º da Republica.

FRANCISCO DE PAULA RODRIGUES ALVES.

J. J. Seabra.

REGULAMENTO A QUE SE REFERE O DECRETO N. 4956 DESTA DATA

TITULO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 1º A desapropriação só póde ter lugar por necessidade ou utilidade publica, legalmente verificada, como excepção unica á plenitude do direito de propriedade, na fórmula do art. 72 § 17 da Constituição Federal.

Art. 2º A desapropriação por necessidade publica verifica-se nos seguintes casos (lei de 9 de setembro de 1826, art. 1º; dec. n. 353 de 12 de julho de 1845, art. 35):

1º Defesa do Estado;

2º Segurança publica;

3º Soccorro publico em tempo de fome, ou outra extraordinaria calamidade;

4º Salubridade publica.

Art. 3º A desapropriação por utilidade publica verifica-se nos seguintes casos (dec. n. 353 de 1845, Art. 1º):

1º Construcção de edificios e estabelecimentos publicos de qualquer natureza que sejam;

2º Fundação de povoações, hospitaes e casas de caridade, ou de instrucção;

3º Aberturas, alargamentos, ou prolongamentos de estradas, ruas, praças e canaes;

4º Construcção de pontes, fontes, aqueductos, portos, diques, raes, pastagens, e de quaesquer estabelecimentos destinados á commodidade ou servidão publica;

5º Construcções, ou obras destinadas á decoraçãõ, ou salubridade publica.

Art. 4º A verificação dos casos de necessidade publica, a que se destinar a propriedade particular, será feita á requerimento do procurador da Republica perante o juiz seccional do domicilio do proprietario, com audiencia deste (lei de 1826, art. 3º).

Art. 5º A verificação dos casos de utilidade publica terá logar por acto do Congresso, ou do Presidente da Republica, quanto ás obras da competencia da União, por ella executadas, ou por empresarios, ou companhia, a quem fôr incumbida a sua execução. E por acto do Conselho, ou do Prefeito do Districto Federal, em relação ás obras de utilidade publica do Municipio, por elle projectadas e executadas administrativamente, ou por contracto (dec. n. 353 de 1845, arts. 2º e 11 e § 1º; dec. leg. n. 1021 de 26 de agosto de 1903, art. 1º).

Art. 6º Quando fôr determinada, por lei ou decreto, qualquer obra das indicadas no art. 3º, comprehendendo no todo, ou em parte, predios e terrenos particulares, que devam ser cedidos ou desapropriados, será levantado por engenheiros o plano da obra e as plantas dos predios e terrenos comprehendidos, declarando-se os nomes das pessoas a quem pertencerem (dec. n. 353 de 1845, art. 2º).

Art. 7º Os proprietarios dos predios e terrenos, sujeitos á desapropriação, não poderão impedir que esses terrenos ou predios sejam examinados e percorridos pelos engenheiros encarregados do levantamento dos sobreditos planos e plantas.

Os empregatarios ou companhias e seus engenheiros poderão recorrer ás autoridades administrativas ou policiaes, no caso de recusa dos proprietarios; salvo a estes o direito de serem indemnizados do valor de quaesquer bemfeitorias, que tenham sido destruidas ou damnificadas por esses exames (dec. n. 1664 de 1855, art. 14).

Art. 8º Aprovados os planos e plantas das obras por decreto do Presidente da Republica, ou do Prefeito (art. 5º), entender-se-hão desapropriados em favor da União, ou do Districto Federal, ou respectivos concessionarios, todos os predios e terrenos nelles comprehendidos, total ou parcialmente, que necessarios forem para a sua execução (dec. n. 353 de 1845, art. 9º; dec. n. 1664 de 1855, art. 2º).

Art. 9º A transmissão da propriedade, legalmente verificada a desapropriação, tornar-se-ha effectiva pela indemnisação do seu valor, fixado, na falta de accordo, por arbitramento, nos termos e pela forma dos arts. 31 a 35 (dec. n. 353 de 1845, arts. 11, 30 e 32; dec. n. 1664 de 1855, arts. 3º, e 9º).

Art. 10. Nenhuma autoridade judiciaria, ou administrativa, poderá, admittir reclamação ou contestação contra a desapropriação resultante da approvação dos planos e plantas por decreto (dec. n. 353 de 1855, art. 2º).

Art. 11. A reivindicação, resolução e quaesquer outras acções reaes, não poderão sobrestar o pronunciamento da desapropriação, nem impedir o effeito da transferencia da propriedade, livre e desembargada de todos os encargos judiciaes e extrajudiciaes; salvo aos reclamantes allegarem e disputarem seus direitos sobre o preço, que fôr consignado em deposito, como indemnisação, e nelle ficarão subrogados todos os onus, hypothecas e lides pendentes, quer a desapropriação se opere por sentença judicial, quer por convenção amigavel (dec. n. 353 de 1845, art. 31; dec. n. 1664 de 1855, art. 7º; dec. n. 370 de 1890, arts. 137 § 6º e 226 § 6º; dec. n. 1021 de 1903, art. 2º § 8º).

Art. 12. Os terrenos ou predios, que houverem de ser desapropriados, sómente em parte, si ficarem reduzidos a menos de metade de sua extensão, ou privados das serventias necessarias para uso o gozo dos não comprehendidos na desapropriação, ou ficarem muito desmerecidos da seu valor pela privação de obras e bemfeitorias importantes, serão desapropriados e

indemnizados no seu todo, si assim requererem os seus proprietarios (dec. n. 353 de 1845, art. 25; de n. 1664 de 1855, art. 12 n. 2).

Art. 13. Si a desapropriação tiver por fim a abertura de novas ruas, aos proprietarios, que accitarem a indemnisação por accordo, será facultada a aquisição dos terrenos disponiveis nas novas vias de communicação pelo preço minimo que fixar o Governo, independente de concurrencia (dec. n. 1021 de 1903, art. 2 § 5).

Art. 14. Si por qualquer motivo não forem levadas a effeito as obras, para as quaes for decretada a desapropriação, é permittido ao proprietario reaver o seu immovel, restituindo a importancia recebida, e indemnizando as bemfeitorias que por ventura tenham sido feitas e augmentado seu valor locativo (dec. n. 1021 de 1903, art. 2 § 4).

TITULO II

DA FORMA JUDICIAL DAS DESAPROPRIAÇÕES

Art. 15. A forma judicial da desapropriação não tem outro fim sinão regular e estatuir sobre as indemnisações e prévio pagamento, ou deposito, da quantia ou quantias fixadas para o effeito da emissão da posse em favor do desapropriante, ou empresario das obras.

Art. 16. Na falta de accordo com os proprietarios, os procuradores seccionaes, os agentes, ou representantes que nomear o Poder Executivo, pelo Ministerio a que pertencer as obras, quando da competencia da União, promoverão a desapropriação, pela fórmula determinada no art. 18, perante o juiz seccional do Estado, em que forem situados os immoveis.

Será promovido o processo pelos procuradores da Fazenda Municipal, ou agentes que nomear o Prefeito, na desapropriação para as obras da competencia do Districto Federal (dec. n. 353 de 1845, art. 10; dec. n. 1021 de 1903, art. 2º § 6º).

Art. 17. Os empresarios, ou companhias, incumbidos da execução das obras, promoverão as desapropriações, usando dos mesmos direitos dos procuradores da Republica e Fazenda, Municipal (dec. n. 353 de 1845, art. 34; dec. n. 1664 de 1845, art. 3º).

Art. 18. O requerimento para se instaurar o processo deverá ser instruído com os seguintes documentos (dec. n. 1664 de 1855, art. 4º):

I. cópia do decreto que aprovou o plano das obras;

II. cópia da planta especial do prédio ou terreno, autenticada pela repartição competente, no tocante á sua exactidão e comprehensão do dito prédio ou terreno no plano aprovado;

III. certidão ao imposto predial, lançado no anno anterior ao do decreto da desapropriação, si se tratar de immovel urbano;

IV. a declaração da quantia ou quantias que se offerece por indemnisação ao proprietario e demais interessados.

Art. 19. Os proprietarios e interessados, que residirem no fôro da situação do immovel serão citados pessoalmente, e si residirem fóra, ou estiverem ausentes, serão notificados por editos, com o prazo de 30 dias, para na primeira audiencia, que se seguir á citação, louvarem-se e verem louvar-se em arbitradores que procedam á avaliação do immovel, sendo que não queiram acceitar a quantia ou quantias offerecidas para essa indemnisação. Devendo, outrosim, declarar os nomes dos inquilinos ou rendeiros e possuidores de bemfeitorias que possam ser prejudicados pela desapropriação, e apresentar cópia authentica dos contractos que com elles tiverem, pena de ficarem obrigados as indemnisações nos ditos interessados (dec. n. 353 de 1845, art. 12).

Art. 20. Nas desapropriações em que forem comprehendidos bens de orphãos, ou pessoas a elles equiparados, seus tutores e curadores serão autorizados por simples despacho dos juizes competentes a acceitar as offertas, achando-as uteis a seus tutelados ou curatellados (dec. de 1845, art. 15; dec. de 1855, art. 6º).

Art. 21. Decorrido o termo do edital, e accusadas as citações em andiencia, si comparecerem os proprietarios, interessados, ou seus legitimos representantes, e acceitarem as offertas, ou annuirem os procuradores ou agentes da desapropriação ás exigencias por elles feitas, o juiz mandará tomar por termo o accôrdo e o homologará por sentença.

§ 1º Si recusarem, ou não comparecerem, proceder-se-ha, na mesma audiencia á louvação dos arbitradores, engenheiros, ou peritos, nomeados um pelo proprietario ou seu bastante procurador, outro pelo agente ou representante do Governo Federal ou Municipal, e o terceiro pelo juiz.

§ 2º Nos casos de revelia, o juiz nomeará os arbitradores que competeria ao proprietario nomear.

§ 3º No caso de concorrerem co-proprietarios e outros interessados na indemnisação, si não accordarem todos sobre a escolha do arbitrador, a sorte decidirá dentre os que por elles forem indicados (dec. n. 353 de 1845, art. 14, alin.).

Art. 22. Os arbitradores, louvados ou nomeados, não poderão recusar o encargo, salvo sendo empregados publicos, ou tendo algum impedimento legal (dec. n. 1664 de 1855, art. 10).

Art. 23. São impedidos para a nomeação ou louvação:

1º Os inimigos capitaes, amigos intimos, e os parentes consanguineos ou affins até o 2º gráo, contado segundo o direito canonico;

2º Os interessados nas obras, ou prejudicados pela desapropriação.

Art. 24. Resolvido e incidente da louvação, o juiz designará dia e hora para o arbitramento no logar da situação do immovel, notificando o escrivão aos interessados na diligencia.

Art. 25. No dia, logar e hora, designados, comparecendo os arbitradores, ou substituidos os que faltarem, pela mesma forma do art. 21, prestarão compromisso de bem e fielmente cumprirem o dever; e reunindo-se sob a presidencia do juiz, este lhes apresentará:

1º, as plantas dos immoveis sujeitos á desapropriação, e os documentos offerecidos pelas partes em seu favor;

2º, as offertas e exigencias para as indemnisações.

Art. 26. As partes, ou seus procuradores, poderão apresentar resumidamente suas observações.

Art. 27. A discussão será publica, não podendo continuar além do dia designado para a diligencia; e logo que encerrada pelo juiz, os arbitradores se retirarão á sala particular e o que resolverem por maioria de votos, depois de reduzido a escripto pelo 3º e por todos assignado, será immediatamente entregue ao juiz, que homologará o laudo por sentença, condemnando nas custas a parte vencida (dec. n. 353 de 1845, art. 28; dec. n. 1664 de 1855, art. 9):

§ 1º Si as indemnisações não excederem ás offertas, ou ás exigencias, serão condemnados aquelles que as tiverem recusado;

§ 2º Si a indemnisação fôr superior á offerta e inferior á exigencia, as custas se dividirão em proporção;

§ 3º Os proprietarios, qualquer que seja a somma da indemnisação, serão sempre condemnados nas custas, quando não declararem aceitar as offertas e as quantias que pretendem.

Art. 28. No caso de desaccordo dos arbitradores das partes, o 3º nomeado pelo juiz fixará o quantum da indemnisação entre os valores maximo e minimo por elles propostos.

Art. 29. Da sentença que homologar o arbitramento poderá ser interposta appellação para o Supremo Tribunal Federal, ou para a Camara Civil da Côrte de Appellação, conforme a jurisdicção onde tiver sido intentado o processo (art. 16).

A appellação terá o só effeito devolutivo, e apenas poderá ser provida para annullar-se o processo por falta de formalidades essenciaes.

Art. 30. O processo estabelecido nos artigos antecedentes será applicado á desapropriação de aguas, liquidando se o valor da indemnisação pela fórmula determinada no art. 37.

TITULO III

DAS INDEMNISAÇÕES E FORMA DA AVALIAÇÃO

Art. 31. No arbitramento das indenizações serão observadas as seguintes regras:

§ 1º Os arbitradores fixarão indenizações distintas em favor de cada uma das partes que as reclamarem sobre títulos diferentes (dec. n. 353 de 1845, art. 23; dec. n. 1664 de 1855, art. 12 n. 3).

Nos casos de usufructo, porém, será fixada uma só indenização, em atenção ao valor total da propriedade, e sobre a quantia fixada, o usufructuario e o proprietario exercerão seus direitos.

O usufructuario, que não fôr pae ou mãe do proprietario, poderá ser obrigado a prestar fiança.

§ 2º O quantum das indenizações não será inferior ás ofertas dos promotores, representantes, ou agentes da desapropriação, nem superior ás exigencias dos proprietarios e interessados (dec. n. 353 de 1845, art. 24; dec. n. 1664 de 1855, art. 12 § 1º).

§ 3º As contestações, duvidas e litigios sobre o direito e qualidade dos reclamantes (art. 11) não obstarão a fixação das indenizações, ordenando o juiz o respectivo deposito para ser levantado por quem de direito.

§ 4º Nas desapropriações dos predios e terrenos sómente em parte (art. 12), os arbitradores avaliarão no seu todo, fixando separadamente a indenização da parte comprehendida.

§ 5º Si a propriedade estiver sujeita ao imposto predial, o quantum da indenização não será inferior a dez, nem superior a quinze vezes o valor locativo, deduzida previamente a importancia do imposto, e tendo por base esse mesmo imposto, lançado no anno anterior ao decreto de desapropriação (dec. n. 1021 de 1903, art. 2º).

§ 6º Nos predios occupados pelos donos, ou pessoas pobres, e estalagens, o valor locativo será computado sem o desconto da porcentagem declarada no art. 12 n. 1 e § 2º do dec. n. 7051 de 1878, e arts. 13 n. 1 e § 2º, e 4º § 4º do dec. munic. n. 432 de 1903.

§ 7º Si a propriedade não estiver sujeita ao imposto predial, o valor da indemnisação será verificado e calculado sobre a base do aluguel do ultimo anno (dec. n. 1021 de 1903, art. 2º § 1º).

§ 8º Si a propriedade tiver sido reconstruida em data posterior ao lançamento para o ultimo anno, o quantum da indemnisação será fixado sobre a base do valor locativo dos immoveis em situação e condições analogas.

§ 9º Si a propriedade estiver em ruinas, ou tiver sido condemnada, os arbitradores, estimando a importancia das obras necessarias á precisa reparação, ou reconstrucção, poderão fixar um valor minimo inferior ao determinado no § 5º.

Art. 32. Para a fixação do maximo e minimo das indemnisações, os arbitradores attenderão ao valor da propriedade, sua situação, estado de conservação e segurança, preço da sua aquisição e interesse que della tira o proprietario; e nos casos do art. 12 ao valor em que ficar o resto da propriedade por causa da obra nova, ao damno que provier da desapropriação, e quaesquer outras circumstancias que influam no preço.

§ 1º Na indemnisação do valor de terrenos baldios, os arbitradores attenderão ás suas condições e aptidões culturaes, e tudo quanto possa influir e concorrer para o augmento de seu valor.

§ 2º As construcções, porém, plantações e quaesquer bemfeitorias feitas na propriedade, posteriormente ao decreto approvando o plano das obras, não serão attendidas pelos arbitradores (dec. de 1845, art. 26).

Art. 33. Nos casos de propriedade sujeita a aforamento, ou empraçamento perpetuo:

I. O valor do dominio directo, ou do senhorio, será calculado sobre a importancia de vinte fóros e um laudemio;

II. O do dominio util, foreiro ou emphyteutico, será calculado sobre o valor do predio livre, deduzido o do dominio directo; e o dos sub-emphyteuticos, será esse mesmo valor, deduzidas vinte pensões sub-emphyteuticas e equivalentes ao dominio do emphyteuta principal.

Art. 34. Si a propriedade estiver sujeita á locação ou arrendamento temporario, aos locatarios, que tiverem reconstruido o predio, ou feito bemfeitorias uteis ou necessarias, anteriormente á data da lei e que augmentem o valor locativo, o Governo poderá entrar em accordo, pagando-lhes o que for reconhecidamente justo (dec. n. 1021 de 1903, art. 2 § 7).

Na falta de acoordo, a importancia provada das sobreditas obras, ou bemfeitorias, será rateada pelo numero de annos da locação, deduzidas as quotas dos annos decorridos.

Art. 35. A indemnisação aos locatarios, e bem assim a dos foreiros, nos casos do n. 11 do art. 32, não serão computadas na parte que competir ao proprietario.

Art. 36. Quando no predio houver grandes installações, como de machinismos em funcionamento, o Governo poderá indemnisar ou fazer á sua custa a despeza de desmonte e transporte dessas installações, ou auxiliar, apenas, com uma parte razoavel os gastos de transporte (dec. de 1903, art. 2 § 9º).

Art. 37. O valor da indemnisação, nos casos da desapropriação de aguas, será o que corresponder ao volume ou força motora de que effectivamente utilizar-se o proprietario, ao tempo da desapropriação (lei n. 3396, de 24 de novembro de 1888, art. 21 n. 11).

§ 1º A indemnisação não excederá á exigencia do proprietario, nem será inferior:

a) á offerta previamente approvada pelo Governo;

b) á 6 % do valor da propriedade, constante de inventario, ou contracto de aquisição, revestido das formalidades leaes, e na falta de inventario ou contracto, do valor que estimarem os arbitradores (lei n. 3396 de 1888, art. 21 n. 11).

§ 2º Quando o abastecimento exigir construcções em terrenos proximos ou adjacentes aos mananciaes, serão fixadas indemnisações aos que para esse fim forem desapropriados, segundo as regras do art. 31 (lei n. 3396 de 1888, art. 22).

§ 3º Possuindo o proprietario estabelecimento que fique prejudicado com a desapropriação, por não permittir o interesse publico, que, na forma do paragrapho seguinte, lhe seja fornecida quantidade de agua sufficiente para a respectiva exploração, será tambem desapropriado o mesmo estabelecimento, regulando-se a indemnisação pelo disposto no mencionado art. 31 (lei n. 3396 de 1888, art. 23).

§ 4º Além da indemnisação, é garantida ao proprietario a quantidade de agua necessaria ao consumo domestico, fazendo-se para esse fim as convenientes derivações (lei n. 3396 de 1888, art. 24).

Art. 38. Resolvida a indemnisação pela acceitação da offerta, accordo, ou sentença, e recebida pelo proprietario a sua importancia, ou depositada nos casos do art. 11, o juiz mandará passar mandado de imissão de posse, operando-se por elle a transferencia do dominio da propriedade.

Art. 39. A desapropriação é isenta do imposto de transmissão de propriedade, e o respectivo processo dos sellos fixo e proporcional (dec. de 1845, art. 33) e da taxa judiciaria.

TITULO IV

DISPOSIÇÕES ESPECIAES

Art. 40. Nos casos de perigo imminente, como de guerra, ou commoção, cessarão todas as formalidades e poder-se-ha tomar posse de uso, quanto baste, reservados os direitos dos proprietarios e interessados para serem deduzidos em tempo opportuno (lei de 1825, art. 8º).

Art. 41. A disposição do artigo anterior é applicavel aos casos em que houver sido expressamente declarada a urgencia da desapropriação, para o effeito da posse dos immoveis indispensaveis á immediata execução das obras (dec. de 1903, art. 2º § 3º).

§ 1º Para a expedição do mandado, porém, quando não houver accordo sobre a indemnização e prévio pagamento do preço, será depositado o valor maximo, que competir por direito aos proprietarios e interessados (arts. 19, 31 § 1º, 33 e 34), sobre a base do imposto predial, ou do aluguel, por estimativa dos arbitradores.

§ 2º Feito o depósito, poderá ser levantado o mínimo, e se proseguirá no processo do arbitramento para a liquidação definitiva das indemnizações, pela forma dos artigos antecedentes.

Art. 42. Poderão ser occupados temporariamente os terrenos não edificados, de imprescindível necessidade para a installação dos serviços e trabalhos preparatorios da execução das obras, e extracção de materiaes destinados ás mesmas obras (dec. de 1903, art. 3º).

§ 1º A occupação provisoria, como um arrendamento forçado, será requerida e concedida mediante preço certo pelo tempo da sua duração, e responsabilidade das damnos e prejuizos por ella causados, estimados por convenção amigavel, ou por arbitramento, nos termos e pela forma dos arts. 18 e 21.

§ 2º Fixadas as indemnizações, e depositada a que houver sido convencionada, ou arbitrada, como garantia provisoria da responsabilidade eventual do damno, expedir-se-ha o respectivo mandado, que servirá de titulo ao occupante, até que, terminadas as obras, se proceda ao arbitramento para a definitiva indemnização dos damnos e interesses pelo facto da occupação e dos que forem devidos pelas deteriorações e prejuizos por ella verificados.

Art. 43. Continuum em vigor as disposições da lei de 9 de setembro de 1826 e decs. ns. 353 de 1845, e 1664 de 1855, não expressamente declaradas no presente regulamento, que não houverem sido revogadas pelo dec. n. 1021 de 26 de agosto de 1903.

Rio, 9 de setembro de 1903. J. J. Seabra.