

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

DAVYD JEFFERSON PINHEIRO DE CASTRO

**DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA E
INCONSTITUCIONALIDADE**

**Fortaleza - Ceará
2007**

DAVYD JEFFERSON PINHEIRO DE CASTRO

**DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA E
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Alexandre Rodrigues de Albuquerque.

Fortaleza – Ceará
2007

DAVYD JEFFERSON PINHEIRO DE CASTRO

**DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA E
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito, em conformidade com os atos normativos do MEC.

Aprovada em 18 de janeiro de 2.007.

Alexandre Rodrigues de Albuquerque.
Professor Orientador da Universidade Federal do Ceará

Rodrigo Macêdo de Carvalho.
Advogado

Maria José Barreira Magalhães.
Professora da Universidade Federal do Ceará

“Justiça extrema é injustiça”

Marcus Cícero

RESUMO

Análise sobre a possibilidade de o Poder Público lançar mão do instituto da desapropriação por zona, perquirindo-se suas peculiaridades com o fito de demonstrar sua incompatibilidade com a ordem constitucional vigente.

Palavras-chave: Propriedade. Intervenção do Estado na Propriedade. Desapropriação. Desapropriação por Zona. Contribuição de Melhoria. Princípio da Proporcionalidade.

LE RÉSUMÉ

Analyse sur la possibilité l'État de lancer main de l'institut de la dépossession par zone, s'étudiant leurs particularités avec l'objectif de démontrer son incompatibilité avec l'ordre constitutionnel efficace.

Mots Clés: Propriété. Intervention de l'État dans la Propriété. Dépossession. Dépossession par Zone. Contribution d'Amélioration. Principe de la Proportionnalité.

SUMÁRIO

Introdução	07
Capítulo 1: Propriedade	09
1.1. Origens Históricas	09
1.2. Conceitos e Elementos da Propriedade	14
Capítulo 2: Intervenção do Estado na Propriedade	19
2.1. Fundamentos	19
2.2. Modalidades	21
2.2.1. Limitações Administrativas	21
2.2.2. Requisição	22
2.2.3. Ocupação Temporária	23
2.2.4. Tombamento	24
2.2.5. Servidão Administrativa	25
Capítulo 3: Desapropriação	27
3.1. Introdução	27
3.2. Conceito e natureza jurídica.....	28
3.3. Pressupostos	32
3.4. Objeto	34
3.5. Competências	36
3.6. Fases	37
3.6.1. Fase Declaratória	37
3.6.2. Fase Executória	41
3.7. Ação de Desapropriação	43
3.7.1. Foro Competente	43
3.7.2. Petição Inicial	43
3.7.3. Imissão de Posse Provisória	44
3.7.4. Contestação	45
3.7.5. Sentença	45
3.8. Indenização	46
Capítulo 4: Desapropriação por Zona e Inconstitucionalidade	48
4.1. Desapropriação de áreas não necessárias	48
4.2. Desapropriação por zona: distinções	50
4.3. Desapropriação por zona e contribuição de melhoria: cotejo.....	51
4.3.1. Desapropriação por zona e princípio da proporcionalidade.....	54
4.4. Função especulativa do Estado: impossibilidade	56
Considerações Finais	60
Referencias Bibliográficas	62

INTRODUÇÃO

Na presente monografia de término de curso tem-se por objetivo, obviamente sem pretensões de exaurir-se o tema, abordar a problemática que gira em torno da desapropriação por zona, no que respeita à sua adequação à Constituição da República.

Objetivamente, será discutido e demonstrado que a desapropriação por zona, também conhecida como desapropriação para revenda, haja vista que consiste na tomada da propriedade privada pelo Poder Público para posterior alienação e obtenção de lucro, não encontra guarida na ordem jurídica pátria, em que pese a sua previsão legal.

Pouco se tem tratado sobre este tema, seja em sede doutrinária como ainda em sede jurisprudencial, decorrendo daí o nosso interesse em aprofundar os estudos nesta área.

O presente trabalho inicia-se com uma breve, porém imprescindível análise sobre as origens e evolução da propriedade e sua relação íntima com a intervenção do Estado. Este último tema, por sua vez, é abordado no segundo capítulo deste trabalho, como uma espécie de introdução ao instituto da desapropriação, como forma de compreender-se melhor esse instituto.

Por fim, discuti-se a respeito da desapropriação ordinária e suas implicações, chegando-se ao ápice do estudo com a análise da constitucionalidade da desapropriação para revenda.

Ver-se-á que a desapropriação por zona não resiste ao confronto com o princípio da proporcionalidade, bem como ao cotejo com a contribuição de melhoria, instituto de natureza absolutamente distinta, mas que possui, ao menos em tese, os mesmos objetivos.

As funções estatais também serão objeto de discussão, analisando-se, sobretudo, a possibilidade de o Estado exercer a função de agente imobiliário, função eminentemente especulativa que, como será visto, é pressuposto inafastável para promover-se a desapropriação por zona.

As pesquisas para o desenvolvimento do tema deram-se a partir da doutrina administrativista pátria, destacando-se José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles, Celso Antonio Bandeira de Melo, além da doutrina específica de Kiyoshi Harada. Não se abriu mão, porém, da contribuição jurisprudencial, bem como da utilização da legislação aplicada ao tema.

CAPÍTULO 1

PROPRIEDADE

O presente estudo versa sobre a discussão sempre presente na melhor doutrina acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do instituto da Desapropriação por Zona. Entretanto, antes de adentrarmos especificamente na análise deste tema, devemos compreender os conceitos e características dos institutos que o cercam, notadamente no que concerne à propriedade e à desapropriação ordinariamente realizada.

Nesta primeira parte, pretendemos observar as origens e a evolução da propriedade privada, tentando estabelecer seu conceito e elementos. Todavia, sempre que possível, até porque é este o objetivo principal do presente trabalho, procuraremos estabelecer um elo entre este instituto e os fundamentos da intervenção do Estado na propriedade, mais especificamente no que se relacionam com a desapropriação por zona. É o que passamos a fazer.

1.1 – Origens Históricas.

A partir de uma análise aprofundada da história do homem enquanto ser social percebe-se que a origem da propriedade, assim como sua evolução, está intimamente ligada ao desenvolvimento da própria civilização, em seus vários estágios.

No início, ao que podemos chamar de surgimento da civilização, o homem era essencialmente coletor e caçador, nômade por excelência, extraindo da natureza o que conseguia sem preocupar-se com a renovação desses elementos naturais essenciais à vida. Não havia a idéia de propriedade; não por qualquer outro motivo que não a desnecessidade deste sentido perante a sociedade até então existente.

O que da natureza era retirado pelo ser humano significava a sua auto-suficiência. Por esta razão, como já foi dito acima, o homem era nômade em sua inteireza, uma vez que, quando se via privado desta auto-suficiência, em razão da escassez dos recursos naturais em determinada região, percebia a necessidade de buscar alhures os recursos imprescindíveis à sobrevivência de seu clã. E este foi um estágio longo, que cessou a partir do instante em que o homem se multiplicou, sendo grande o número de membros em uma mesma região, com o conseqüente surgimento de conflitos pelos recursos destinados à sobrevivência humana.

A partir da necessidade de fixar-se em um determinado local, seja em razão da escassez de recursos, seja em função dos crescentes confrontos por tais recursos, o homem aprendeu a cultivar a terra e a criar animais para o seu sustento, dando início a uma mudança radical em seu estilo de vida, que culminaria com o surgimento da idéia de propriedade. Então, tornou-se sedentário. Jean-Jacques Rousseau, já afirmou que o surgimento do “fenômeno” propriedade coincidiu com a origem da sociedade como a conhecemos hoje. O mestre iluminista, inclusive, conclui que o início das desgraças humanas deve-se, em grande parte, ao surgimento do instituto em comento. Vale transcrever:

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não poupou ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: 'Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém!'. (ROUSSEAU, 1978: 259).

De logo constata-se que vigora aqui o velho jargão do meio jurídico, segundo o qual “o direito vem a reboque dos fatos”. Outra não pode ser a conclusão se considerarmos, como bem anota Caio Mário da Silva Pereira, que:

(...) a princípio foi o fato, que nasceu com a espontaneidade de todas as manifestações fáticas. Mais tarde foi a norma que o disciplinou, aperfeiçoando-a às exigências sociais e à harmonia da coexistência. Nasceu da necessidade de dominação. Objetos de uso e armas. Animais de presa e de tração. Terra e bens da vida. Gerou ambições e conflitos. Inspirou a disciplina. Suscitou a regra jurídica. Tem sido comunitária, familiar, individual, mística, política, aristocrática, democrática, estatal, coletiva.¹

Surge, assim, o direito de propriedade. Apesar de a maioria das Civilizações terem estabelecido regras a respeito da propriedade, foi com o Direito Romano que este instituto ganhou sistematização pormenorizada. Grandes autores consideram este período como a raiz histórica do instituto da propriedade, sendo certo que, para o Direito Romano, esta foi sempre individual, desde os primeiros momentos. Apenas os cidadãos romanos podiam adquirir a propriedade, sendo que somente o solo romano podia ser seu objeto.

Com a queda do Império Romano e o surgimento do feudalismo como sistema sócio-econômico de produção, a propriedade sobre a terra passou a ser o bem de maior relevância econômica e política da sociedade da época, sociedade

¹ PEREIRA. Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. IV. Direitos Reais. Ed. Forense. Rio de Janeiro 2004. Pág. 81.

esta caracterizada pela forte divisão de classes. O direito sobre a propriedade, se já não era absoluto à época dos romanos, passou a ser ainda mais durante o sistema feudal. Percebe-se que, durante este período, o Direito como um todo passou a ser estabelecido e aplicado em função da propriedade sobre a terra, na medida em que o nobre, soberano sobre seus domínios, distribuía a justiça, cobrava tributos, declarava a guerra e a paz. Enfim, a propriedade era utilizada como meio de opressão àqueles que não a detinham. E esse quadro perdurou em toda a Idade Média, sofrendo pouca alteração na Idade Moderna, com o advento do Estado Moderno ocidental, politicamente absolutista, mas economicamente ainda feudal em muitos aspectos.

Da Idade Contemporânea, Tentando romper com esta sistemática, a Revolução Francesa, resultado do surgimento da burguesia – nova classe social –, estabeleceu uma série de mudanças na normatização do instituto, democratizando, de certa forma, a propriedade, em contraponto à propriedade absoluta do nobre no sistema feudal e no Estado Absolutista, abolindo privilégios e cancelando direitos outrora perpétuos. Nesta mesma toada, o Código Civil Francês veio a regular minuciosamente o direito de propriedade, passando a ser apelidado por muitos de “Código da Propriedade”. A sua influência nas demais codificações alienígenas que o sucederam foi marcante, tendo sido utilizado como base para a normatização deste instituto no ocidente.

Entretanto, a visão da propriedade no referido Código Napoleônico, que, como dito, influenciou sobremaneira os demais ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, era extremamente individualista. O apego exacerbado à proteção do

direito do proprietário era a tônica nesse período, em detrimento aos interesses da coletividade, chegando-se a afirmar que o direito do proprietário era absoluto e intangível, sendo isto, realmente, o que se viu na prática durante longo tempo. Ademais, esta não era uma característica exclusiva do direito de propriedade. O individualismo reinava neste momento histórico, em que prevalecia o liberalismo econômico, exercendo o Estado pouca influência neste campo.

Essa postura absenteísta do chamado Estado Liberal Burguês gerou um campo econômico extremamente injusto, concretizando enorme desigualdade social. Com isso, veio a reação. Surgiram as idéias socialistas, pregando o fim do capitalismo e, assim, da propriedade privada.

Neste cenário turbulento, e tendo em vista a dificuldade em lidar com os interesses sociais, sobretudo partindo-se do pressuposto de que o direito de propriedade àquela época era considerado intangível, a doutrina e, bem lentamente, também a jurisprudência, foram adotando idéias que se coadunavam com aquelas novas teorias surgidas em meados do século XIX sob a batuta dos pandectistas alemães. Neste instante, desenvolveu-se com maior fulgor o sentido de “função social da propriedade”, teoria adotada até os dias de hoje e que será devidamente analisada.

Por fim, para que se encerre esta breve digressão histórica sobre as origens da propriedade, percebe-se que este instituto ganhou ares de interesse social, dando início ao que alguns autores chamam de “publicização” do direito de

propriedade, uma vez que o interesse individual passou a ceder terreno às exigências da ordem pública. Sobre este tema, vale deixar registrada lição do já citado mestre Caio Mário da Silva Pereira, focalizando-se a atualidade do instituto em apreço:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao *dominus* o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – *ius utendi, fruendi et abutendi*. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão freqüentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.(...).

Na verdade, crescem os processos expropriatórios, sujeitando a coisa à utilidade pública e aproximando-a do interesse social. Condiciona-se o uso da propriedade predial a uma conciliação entre as faculdades do dono e o interesse do maior número; reduz-se a liberdade de utilização e disposição de certos bens; sujeita-se a comercialidade de algumas utilidades a severa regulamentação; proíbe-se o comércio de determinadas substâncias no interesse da saúde pública; obriga-se o dono a destruir alguns bens em certas condições. De certo modo os legisladores e os aplicadores da lei em todo o mundo, segundo afirma Trabucchi, mostram-se propensos a atenuar a rigidez do direito de propriedade.²

1.2 – Conceito e Elementos da Propriedade.

Muito embora o presente item tenha a pretensão de tratar sobre o conceito de propriedade, o mais certo é que não há conceito satisfatoriamente sistematizado deste instituto. Foi dito acima que, com a ascensão e desenvolvimento da civilização romana, o Direito de Propriedade adquiriu *status* de maior importância. Pois bem. Assim os romanos conceituaram a propriedade, em enunciado eminentemente analítico: “*dominium est ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur*”.

² Ob. Cit. Pág. 84/85.

Desde então, não muito se evoluiu no que diz respeito a uma definição um tanto quanto precisa do que venha a ser a propriedade; algo que viesse a esclarecer os seus limites. Nem mesmo o Código Napoleão, apelidado de o “Código da Propriedade”, foi feliz ao tentar defini-la, mais apresentando uma “*contradictio in terminis*” do que algo de esclarecedor, ao afirmar que a propriedade seria “o direito de gozar e dispor das coisas de maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”. Ora, como algo que é dito absoluto pode ser restringido? Como se pode quantificar o absoluto? Talvez as respostas a estas perguntas fossem mais bem compreendidas a partir de uma análise do contexto social vivido àquela época.

O fato é que a propriedade mais se “sente” do que se conceitua, sendo certo que seus limites são fixados justamente pelas características da sociedade onde se estuda tal “fenômeno”. Ao que parece, a evolução da propriedade, ou mesmo do direito que a regula, deu-se em torno de constantes reduções e restrições ao direito do proprietário. Segundo ensina Silvio Rodrigues:

As primeiras, ou seja, as restrições derivadas da própria natureza do direito, explicam-se através do recurso à noção de abuso de direito. O proprietário, no uso de seu direito, não pode ultrapassar determinados lindes, pois se deles exorbita, estará abusando e seu ato deixa de ser lícito, porque os direitos são concedidos ao homem para serem utilizados dentro de sua finalidade. Assim, se tal utilização é abusiva, o comportamento excessivo do proprietário não alcança proteção do ordenamento jurídico, que, ao contrário, impõem-lhe o ônus de reparar o prejuízo causado. Portanto, o exercício do direito encontra uma limitação em sua própria finalidade. (...) Ao ver de DUGUIT, a propriedade não é um direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza. Assim sendo, deve ele gerir a coisa, tendo em vista o seu melhor rendimento e no interesse de todos.³

³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume 5. Ed. Saraiva. São Paulo 2003. Pág. 85.

Percebe-se que os limites impostos ao domínio privado, aos poderes do proprietário sobre o que lhe pertence, é decorrência da própria evolução do Estado, e de seu crescente grau de intervencionismo, objetivando exatamente frear os comportamentos particulares anti-sociais.

Em sendo assim, nada mais oportuno e condizente com o tema, ao menos se levarmos em conta o ordenamento jurídico pátrio, do que considerar a propriedade como o direito de usar, gozar e dispor da coisa, limitado à sua função social. Oportuna, também, é a lição do Eminentíssimo Ministro Eros Roberto Grau, que acentua:

A evolução do conceito da propriedade - que da plena *in re potestas* de Justiniano, da propriedade como expressão do direito natural, vai desembocar, modernamente, na idéia de propriedade-função social - apresenta momentos e matizes realmente encantadores, bastantes para desviar o estudioso da senda que tencione explorar. Tal evolução consubstancia, como afirmou André Piettre [...], a revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade pela origem (família, dote, estabilidade dos patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, finalista, que a justifica pelo seu fim, seus serviços, sua função.

A idéia de função social da propriedade inaugura uma nova tendência na sociedade moderna no que concerne à análise e materialização do instituto em apreço. Tal tendência acompanha as idéias dos já citados pandectistas alemães, criadas para harmonizarem os interesses sociais em face do individualismo até então reinante.

O direito de propriedade, como também os demais direitos individuais, não era mais considerado como de único e exclusivo interesse do indivíduo, mas sim como instrumento para a realização dos interesses da coletividade. A partir do

desenvolvimento social e conseqüente aumento do intervencionismo do Estado na seara privada, tornou-se, nos dias de hoje, tarefa árdua individualizar um interesse particular totalmente isolado, desvinculado do interesse público. A autonomia privada, anteriormente aclamada, desmistificou-se e deixou de ser um valor em si para dar lugar a interesses que extrapolam a sua figura. Os atos de autonomia privada, possuidores de fundamentos diversos, devem encontrar seu denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções socialmente úteis.

E foi sobre este pano de fundo que foi elaborada a Constituição Federal de 1988. Não foi por coincidência que o texto constitucional contemplou o direito de propriedade como direito fundamental, ao mesmo tempo em que esclareceu que a propriedade atenderá a sua função social. Sobre o tratamento dado pela Constituição Federal ao instituto da propriedade, notadamente no que concerne à sua função social, salutar é a lição de José dos Santos Carvalho Filho, que inclusive justifica a atuação do Estado junto ao particular para fazer valer este preceito:

Logo adiante veremos que a propriedade não mais se caracteriza como direito absoluto, como ocorria na época medieval. Hoje o direito de propriedade só se justifica diante do pressuposto que a Constituição estabelece para que a torne suscetível de tutela: **a função social**. Se a propriedade não está atendendo a sua função social, deve o Estado intervir para amoldá-la a essa qualificação. E essa função autoriza não só a determinações de obrigações de fazer, como de deixar de fazer, sempre para impedir no uso egoístico e anti-social da propriedade. Por isso, o direito de propriedade é relativo e condicionado.

O novo Código Civil, depois de repetir a norma que confere ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa (art. 1.228), fez a seguinte ressalva, em conformidade com a disciplina constitucional, e para consolidar o caráter social da propriedade: **'o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas'** (art. 1.228, §1º). Ficou, portanto, reforçado o sentido social da propriedade. Se o proprietário não respeita essa função, nasce para o Estado o poder jurídico de nela intervir e até de

suprimi-la, se esta providência se afigurar indispensável para ajustá-la aos fins constitucionalmente assegurados.⁴

A Constituição Federal, ao qualifica como “princípio” a “propriedade privada”, veio a subtrair desta o próprio conteúdo do “direito de propriedade”, mantendo apenas um núcleo essencial mínimo. Assim, conforme a maior vocação do bem considerado, o direito de propriedade terá maior ou menor densidade. A vocação do bem está relacionada com a função social que pode desempenhar.

Conclui-se, portanto, que, atualmente, mostra-se impossível o estudo da propriedade em si e, mais especificamente, da intervenção do Estado na propriedade, sem antes fixar-se como fundamento a “função social da propriedade”.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Lúmen Juris 12ª edição. Rio de Janeiro 2005. Pág. 688/689.

CAPÍTULO 02

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

Antes de adentrarmos no campo específico deste trabalho, faz-se necessário um breve estudo sobre a Intervenção do Estado na Propriedade, apresentando seu sentido, bem como analisando seus fundamentos e principais modalidades. Passemos, então, a esta análise.

2.1 – Fundamentos

Atividade estatal, legalmente autorizada, destinada a adequar a propriedade aos fins sociais, coletivamente exigidos. Este é o sentido do que vem a ser a Intervenção do Estado na Propriedade. De logo percebe-se que o interesse público ou social é o foco normalmente perseguido pelo Estado em sua investida contra a propriedade privada. Diz-se normalmente porque, conforme se verá, e isto é de análise bastante estreita com o tema central deste trabalho, o ente público, vez ou outra, acaba extrapolando os limites permitidos pela Constituição, invadindo a esfera individual do cidadão, sem estar albergado, ou sem perseguir a “função social da propriedade” associada ao interesse público.

Neste passo, infere-se que, além da busca pela “função social da propriedade”, utilizando-a como fundamento, conforme já explanado em item anterior, a Intervenção Estatal na propriedade baseia-se, também, na Supremacia do Interesse Público. Foi visto amplamente, quando da breve digressão realizada sobre

o instituto da propriedade, que o direito moderno venceu a barreira do individualismo predominante durante grande parte da história, evoluindo para privilegiar a coletividade em detrimento da individualidade.

Nos dias de hoje, com o crescimento exacerbado da população, juntamente com a multiplicação dos problemas que a cercam, atentar para a coletividade em primeiro lugar mais parece uma condição de sobrevivência do que propriamente um princípio, disto dependendo a segurança das pessoas.

É de conhecimento geral que as relações entre os indivíduos, ou melhor, as relações de direito privado, são caracterizadas pela horizontalidade. Melhor explicando: os sujeitos da relação jurídica encontram-se, absolutamente, em pé de igualdade. Eventualmente, quando esta igualdade não é verificada faticamente, ao Estado cabe interferir de maneira a equilibrar tal situação, tal como nas relações de consumo, nas quais o consumidor, parte hipossuficiente, possui uma série de benefícios consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor e que se destinam a sobrelevá-lo em nível próximo da contraparte na relação.

Na grande maioria das relações entre o indivíduo e o Estado, e no que nos interessa, na Intervenção Estatal na propriedade, a verticalidade é o fator predominante. Assim, o Estado apresenta-se em uma posição hierarquicamente superior. Os interesses privados, sempre presentes os requisitos legais para tanto, são suplantados pelos interesses públicos. É o chamado Princípio da Supremacia do Interesse Público. Em sendo assim, quando colidirem interesses privados com interesses públicos são estes que devem prevalecer.

Utilizando-se a Supremacia do Interesse Público como fundamento, aliada à busca pelo fim social da propriedade, o Estado nela interfere de várias maneiras, sempre buscando o equilíbrio nas relações sociais, ainda que haja a insatisfação do indivíduo.

2.2 – Modalidades

Como visto, tomando por base seus fundamentos e preenchendo os requisitos legais permissivos, o Estado poderá intervir na propriedade privada. Tal intervenção poderá se dar de várias formas, sendo as principais a Servidão Administrativa, Requisição, Ocupação Temporária, Limitações Administrativas, Tombamento e Desapropriação, previstas constitucionalmente e na legislação específica que rege a matéria.

Passemos a um estudo geral das diversas formas de intervenção, limitando-nos a apresentar seus conceitos e formas de interferência na propriedade, apresentando as maneiras de como afetam a esfera individual. Após, será realizado um estudo pormenorizado da Desapropriação, tema central deste trabalho.

2.2.1 – Limitações Administrativas

As limitações administrativas são atos legislativos ou administrativos e que impõem ao proprietário restrições de caráter geral. Desta forma, impondo

obrigações positivas, negativas ou permissivas, o Poder Público condiciona as propriedades ao atendimento de sua função social.

Como é facilmente perceptível, as limitações administrativas afetam o caráter absoluto da propriedade, condicionando-a ao interesse coletivo, relativizando o poder do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver. Desta feita, por se tratar de imposições gerais, não há falar em qualquer tipo de indenização por parte do Estado.

Um bom exemplo de Limitação Administrativa diz respeito à construção de prédios na orla marítima, sobretudo no que concerne à altura dos edifícios. É comum verificar-se nas zonas próximas ao mar a construção de prédios limitados à determinada altura, de forma a permitir a passagem de ar para o restante da cidade, evitando-se o aquecimento indiscriminado.

2.2.2 – Requisição

A Requisição é a modalidade de intervenção estatal que permite ao Poder Público utilizar-se de bens móveis ou imóveis em situações de perigo público iminente. Daí se extrai que os bens requisitados só poderão ser onerados pela Administração unicamente em casos de perigo público iminente e enquanto durar este estado. Conforme anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em qualquer das modalidades, a requisição caracteriza-se por ser procedimento unilateral e auto-executório, pois independe da aquiescência do particular e da prévia intervenção do Poder Judiciário; é em regra

oneroso, sendo a indenização *a posteriori*. Mesmo em tempo de paz, só se justifica em caso de perigo público iminente.⁵

A Requisição Administrativa retira seu fundamento de texto expresso da Constituição Federal que, em seu artigo 5º, inciso XXV, reza que “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. O texto constitucional, como visto, revela a possibilidade de o proprietário ser indenizado, ao contrário do que se vê na Limitação Administrativa.

2.2.3 – Ocupação Temporária

Em síntese, conceitua-se a Ocupação Temporária como a utilização da propriedade particular pelo Estado, realizada de forma gratuita ou remunerada, com caráter transitório, prevista para os casos de utilidade ou necessidade pública. O caso clássico diz respeito à utilização de bem imóvel pelo Estado, para lhe permitir a execução de serviços e obras públicas.

Da mesma forma que na Requisição de Imóveis, a Ocupação Temporária afeta o caráter de exclusividade da propriedade, segundo o qual a propriedade apresenta-se de forma plena e exclusiva até que seja provado o contrário. Do mesmo modo, sempre que da ocupação resultarem prejuízos para o proprietário, este deverá ser indenizado.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo, 17ª Edição. Ed. Atlas. São Paulo 2.004. Pág. 131.

2.2.4 – Tombamento

Segundo o artigo 216, da Constituição Federal:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Tal dispositivo constitucional constitui o fundamento da figura do Tombamento, previsto expressamente em seu parágrafo primeiro, como forma de proteção do patrimônio cultural brasileiro. Logicamente, os incisos acima transcritos não trazem previsões exaustivas, mas meramente exemplificativas, de caráter genérico, cabendo à legislação infraconstitucional disciplinar os casos específicos a serem abrangidos pelo Tombamento.

O Tombamento gera limitação perpétua ao objeto em benefício do interesse coletivo. Portanto, resta afetado o caráter absoluto da propriedade, uma vez que o proprietário poderá continuar fazendo uso de seu bem, porém, sempre respeitadas as limitações impostas pelo Poder Público.

Não se trata, assim, de restrição total à utilização do bem. Em razão deste motivo e, sobretudo, em razão da prevalência do interesse coletivo, não há falar, ao menos normalmente, em indenização devida ao particular. Entretanto, a

compensação pecuniária será devida, caso este venha efetivamente provar que sofreu algum prejuízo com o Tombamento.

2.2.5 – Servidão Administrativa

A Servidão Administrativa impõe a instituição de direito real de natureza pública à propriedade, não se confundindo, portanto, com a servidão prevista no Código Civil, na medida em que estas, além de servirem a interesses individuais, o que não se coaduna com os fundamentos da intervenção Estatal na propriedade, sofre o influxo das regras de direito privado.

O direito real instituído autoriza o Poder Público a utilizar-se da propriedade imóvel particular com o intuito de permitir ou facilitar a execução de obras e serviços de interesse coletivo, tal como ocorre na Ocupação Temporária. Entretanto, este último instituto, como já analisado anteriormente, possui caráter transitório, ao contrário da Servidão Administrativa, que possui caráter perpétuo.

Afeta o caráter de exclusividade do direito de propriedade, uma vez que as faculdades de uso e gozo do bem imóvel são transferidas a outrem, no caso, o Estado. Como relata Maria Sylvia Zanella Di Pietro, excepcionalmente será afetado somente o caráter absoluto, quando a servidão resultar em obrigação de não-fazer.

A Servidão Administrativa poderá se originar diretamente da lei, de acordo entre as partes envolvidas, caso em que será precedido de ato declaratório de

utilidade pública, ou mesmo por meio de sentença judicial, quando o acordo não se evidenciar.

Quanto à indenização, esta não caberá nos casos em que a servidão for imposta por meio de lei, visto que o sacrifício de suportá-la será de toda a coletividade. Nos demais casos, a regra geral é que a compensação pecuniária seja devida, na medida em que, aqui, são os proprietários, afetados em seus direitos, que sofrem os prejuízos em benefício da coletividade.

Segundo lição de José dos Santos Carvalho Filho, os casos mais comuns de servidões impostas à sociedade são de instalações de redes elétricas e a implantação de gasodutos e oleodutos em áreas privadas para a execução de serviços públicos. O mesmo autor ainda cita a utilização de imóveis para que sejam postas placas com nomes de ruas e para que sejam sustentados fios da rede elétrica.

CAPÍTULO 3

DESAPROPRIAÇÃO

Após os estudos iniciais, passemos, então, a uma análise pormenorizada do instituto da desapropriação, pressuposto necessário para o conhecimento e entendimento da Desapropriação por Zona e suas implicações. É o que passamos a fazer.

3.1 – Introdução

De início, cabe aqui lembrar tudo o que já foi dito linhas acima a respeito dos fundamentos necessários para a intervenção do Estado na propriedade. Todo o explanado, relativo à função social da propriedade e a supremacia do interesse público, aplica-se em sua inteireza à desapropriação. E afirme-se, de uma forma bem mais acentuada.

Neste instituto, a busca pelo fim social da propriedade, além do interesse público, devem estar indubitavelmente presentes, na medida em que se está diante da modalidade de intervenção estatal que maior repulsa e transtornos causa ao proprietário.

A desapropriação, conforme se verá, ao contrário das demais modalidades de intervenção, causa a supressão total da propriedade do imóvel, transferindo-a do expropriado para o Estado. É a chamada intervenção *supressiva*, em contraponto às demais modalidades que apenas impõem restrições à utilização do bem, continuando o domínio do imóvel na titularidade do proprietário.

Quanto a este assunto, apesar de o tema central deste trabalho versar sobre a inconstitucionalidade de uma das formas de desapropriação, é imperioso deixar-se consignado que a faculdade conferida pelo constituinte originário à Administração Pública, de proceder à desapropriação em conformidade com a lei, é extremamente necessária, uma vez que, conforme salienta Diógenes Gasparini, o Estado nem sempre poderá alcançar os fins a que se propõe pelos meios que o Direito Privado oferece e regula.

3.2 – Conceito e natureza jurídica

Desapropriação é o procedimento administrativo por meio do qual o Estado, ou seus delegados, através de prévia declaração de utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, transfere para si a propriedade de determinado bem, anteriormente pertencente à terceiro, geralmente mediante justa e prévia indenização.

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

É o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.⁶

Hely Lopes Meirelles ressalta, ao conceituar o instituto em análise, a previsão da desapropriação-sação, em caso de desatendimento ao Plano Diretor. O grande autor assim conceitua a desapropriação:

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. Atlas 17ª Edição. São Paulo 2004. Pág. 153

Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em *títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal*, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4º, III), e de pagamento em *títulos da dívida agrária*, no caso de Reforma Agrária, por interesse social (CF, art. 184).⁷

Todos os conceitos acima transcritos, além daquele derivado de conclusão deste trabalho, enfatizam a natureza jurídica do instituto e os pressupostos para a sua efetivação. A indenização e suas formas, também incluída no conceito de desapropriação, será analisada com mais pormenores em tópico próprio.

Quanto à natureza jurídica do instituto em análise, ao que se percebe, pode esta ser vista sob dois prismas. Melhor explicando, devemos entendê-la sob o seu aspecto formal e sob o seu aspecto material.

A natureza jurídica da desapropriação, tal qual se percebe quanto ao seu aspecto formal, é de procedimento administrativo. Procedimento, como se sabe, é um conjunto de atos devidamente formalizados, dispostos em seqüência, com o fito de alcançar determinado objetivo. Em outras palavras, é um conjunto de atos administrativos lógicos e cronologicamente ordenados, voltados à prática de um ato final.

José Dos Santos Carvalho Filho, ao tratar sobre o tema, leciona que no procedimento de desapropriação, os atos não se originam unicamente do Poder

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27ª Edição. Malheiros 2002. Pág. 569.

Público, mas também do proprietário do imóvel expropriado, ressaltando a necessidade de formalização de tais atos, como forma de garantia das partes.

Muitas vezes, é bom que se frise, a desapropriação não se encerra administrativamente. Por inúmeras razões, normalmente em razão da necessidade de o Poder Público intentar ação de desapropriação em face do proprietário, que por algum motivo se sentiu prejudicado, o procedimento tende a estender-se pelo Poder Judiciário. A prática indica que, raramente, a desapropriação tem seu fim apenas pela esfera administrativa, na maioria dos casos, prolongando-se pela esfera judicial. Em razão deste fato, alguns doutrinadores preferem considerar a natureza jurídica do instituto apenas como procedimento.

Sob o aspecto material é uma transferência compulsória de propriedade. É uma forma originária de aquisição da propriedade. Quanto a tal tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, elencando lições de grandes doutrinadores, leciona que:

Segundo Rubens Limongi França (1987:4-5), a forma originária de aquisição da propriedade “é aquela que nasce de uma relação direta entre um sujeito e a coisa”; e, derivada, “aquela em que a subordinação da coisa ao sujeito depende de fato de terceiro”. Ou, com as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (*RDP* 9:19), “diz-se originária a forma de aquisição da propriedade quando a causa que atribui a propriedade a alguém não se vincula a nenhum título anterior, isto é, não procede, não deriva, de título precedente, portanto, não é dependente de outro. É causa autônoma, bastante por si mesma, para gerar, por força própria, o título constitutivo da propriedade”. É precisamente o que ocorre na desapropriação, em que a transferência forçada do bem para o patrimônio público independe de qualquer vínculo com o título anterior de propriedade; não interessa, para fins de expropriação, verificar se se tratava de título justo ou injusto, de boa ou de má-fé.⁸

O fato de a desapropriação ser uma forma originária de aquisição da propriedade acarreta algumas conseqüências de ordem processual e administrativa,

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ed. Atlas 17ª Edição. São Paulo 2004. Pág. 170/171

algumas expressas no Decreto-Lei nº 3.365/41, que regula o procedimento de desapropriação, outras que decorrem da própria natureza jurídica do instituto, ora estudada.

Neste passo, constata-se que o Poder Público, ao iniciar o procedimento administrativo pertinente ao caso, ou mesmo ao intentar a devida ação de desapropriação, poderá fazê-lo sem estar adstrito às informações sobre quem é o proprietário do imóvel, ou mesmo onde este pode ser encontrado, tendo em vista que as questões que dizem respeito ao domínio do bem não são discutidas no bojo do processo de desapropriação. É dizer, somente questões de mero caráter processual e pertinentes ao preço da indenização poderão ser discutidas na competente ação de desapropriação.

A prova do domínio será, sim, necessária, no instante do recebimento da indenização, momento em que o indenizado deverá demonstrar que era o legítimo proprietário do bem e, portanto, está legitimado ao recebimento do preço.

Se por algum equívoco o pagamento da indenização se der à terceiro, que não o proprietário, ainda assim o procedimento de desapropriação terá prosseguimento normal. Esta consequência advém do art. 35, do Decreto-Lei nº 3.365/41, que assim dispõe:

Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Em decorrência do art. 31 do mesmo Decreto-Lei, todos os ônus ou direito

que recaiam sobre o bem expropriado ficam sub-rogados no valor da indenização. Em que pese o dispositivo legal não restringir a espécie de direito que se sub-roga, a doutrina tem entendido que somente os direitos reais são abrangidos pelo dispositivo. Tal idéia decorre do art. 26 do mesmo diploma legal, que dispõe que no valor do preço não serão incluídos os direitos de terceiro contra o expropriado. Em sendo assim, os direitos obrigacionais deverão ser pleiteados em face do Ente expropriante em ação própria.

Por fim, cumpre esclarecer que eventuais prejudicados em decorrência da desapropriação não poderão reivindicar o imóvel, uma vez que este não está sujeito à evicção. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em complemento a este raciocínio, afirma que a transcrição da desapropriação no registro de imóveis independe da verificação da continuidade em relação às transcrições anteriores, não cabendo ao Oficial do Registro de Imóveis realizar qualquer impugnação.

3.3 – Pressupostos

A partir da conceituação de desapropriação, evidencia-se que, para o seu regular prosseguimento, deve haver uma prévia declaração, na qual constará seus pressupostos imprescindíveis. Assim, de acordo com o caso, a declaração será de necessidade pública, utilidade pública ou de interesse social.

Passando a tratar especificamente de cada um dos pressupostos acima citados, observa-se que o primeiro deles, ou seja, a necessidade pública, ocorre quando a Administração Pública está diante de problema premente e inadiável, que

exige solução rápida e eficaz. Tal hipótese liga-se, sobretudo, aos casos de segurança pública, defesa do Estado, socorro público, salubridade pública etc.

A partir daí, devemos esclarecer que a idéia de necessidade pública hoje encontra-se incorporada, ao menos no que pertine aos casos anteriormente elencados, respeitante a este pressuposto, ao sentido de utilidade pública. Melhor explicando, o direito positivo que regula a matéria não mais define os casos de necessidade pública que, anteriormente, eram previstos no Código Civil de 1.916, em seu art. 590, §1º, não repetido no Código Civil de 2.002. Como dito, as hipóteses de necessidade pública foram enquadradas entre as causas de utilidade pública. O Decreto-Lei nº 3.365/41 fundiu em uma só categoria os casos de utilidade e necessidade públicas. A distinção, portanto, ao menos em face da legislação vigente, é meramente doutrinária.

Nesta toada, ao contrário do que se possa imaginar, a definição de qual pressuposto utilizar na desapropriação não fica a critério da Administração Pública, não é, portanto, algo discricionário. As hipóteses são taxativamente indicadas em lei, cujos dispositivos devem ser especificamente apontados para enquadrar a situação concreta. Em comentário ao art. 5º, alínea “p”, do Decreto-Lei nº 3.365/41, que discrimina os casos de utilidade pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o disposto nessa alínea é que tem feito com que se defenda que as hipóteses de desapropriação são apenas as taxativamente previstas em lei, não podendo a Administração Pública criar outras, ao seu próprio alvedrio, mesmo que pudessem se encaixar no conceito doutrinário de utilidade pública. Ainda quanto a este tema, sustentando que tratam-se de conceitos indeterminados *a priori*, José dos Santos

Carvalho Filho defende que as hipóteses de utilidade ou de interesse social serão *ex vi legis*, não havendo espaço para a discricionariedade do Poder Expropriante.

É declarada a utilidade pública do imóvel quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa para o interesse público, muito embora não signifique isso a necessidade inarredável da utilização do bem. Os casos de utilidade pública estão discriminados no art. 5º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, dentre os quais podemos citar a exploração e a conservação dos serviços públicos e o funcionamento dos meios de transporte coletivo.

A declaração por interesse social ocorre nos casos em que se busca com mais afinco a função social da propriedade. Nestes casos há sempre vantagem para a coletividade, tal qual se constata da desapropriação para fins de reforma agrária.

Cabe destacar, por fim, que o expropriado deve perquirir os pressupostos que levam a desapropriação de seu bem, na medida em que, como bem ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, diferenças existem quanto à competência, caducidade, beneficiários e quanto à indenização.

3.4 – Objeto

De acordo com o art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41, qualquer bem poder ser objeto de desapropriação, tais como as coisas móveis e imóveis, corpóreas e incorpóreas, públicas ou privadas, desde que, segundo ressalta José dos Santos Carvalho Filho, sejam dotadas de valoração patrimonial.

Quanto aos bens públicos, algumas considerações devem ser feitas. Assim é que requer, para se realizar a desapropriação de bens públicos, autorização legislativa do expropriante e somente a pessoa política de âmbito maior pode desapropriar bens da pessoa de âmbito menor, dentro de seu território. Desta feita, conclui-se que os bens municipais são passíveis de desapropriação pelo Estado Federado em que se encontra, bem como pela União. Os bens estaduais somente poderão ser desapropriados pela União, enquanto que os bens desta são inexpropriáveis.

A doutrina muito discute sobre a constitucionalidade desta gradação em matéria de desapropriação de bens públicos, sobretudo pelo fato de estabelecer uma espécie de hierarquia entre os entes federativos, ferindo a autonomia estadual e municipal, na medida em que, por exemplo, o município somente pode expropriar bens de sua propriedade, enquanto que os bens da União são insuscetíveis de desapropriação.

Entretanto, prevalece a corrente doutrinária que admite a mencionada gradação, que tem seu fundamento na idéia de domínio eminente do Estado, ou seja, o poder que a União detém sobre todas as coisas que estão no seu território. Os interesses da União, portanto, são de abrangência maior que os interesses estaduais e municipais, devendo prevalecer sobre os mesmos, opondo-se esta idéia de autonomia dos outros entes federados.

Quanto aos bens das entidades da administração indireta, estes também

podem ser desapropriados. Cumpre-se ressaltar que, em razão da ausência de disposição legal a respeito, sempre que se tratar de um bem afetado a uma determinada finalidade pública, deve-se aplicar, por analogia, a idéia contida no art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41 de que uma entidade política menor não pode desapropriar bem pertencente à administração indireta de entidade política maior. Neste passo, não podem ser desapropriados por Estados Federados nem por Municípios, os bens pertencentes à Autarquia Federal ou Empresa Pública Federal.

Por fim, considera-se ainda como inexpropriáveis os direitos personalíssimos, eis que são intransferíveis, tais como o direito pessoal do autor, direito à vida, ao nome, à imagem e aos alimentos e, para fins de reforma agrária, a pequena e média propriedade e a propriedade produtiva.

3.5 – Competências

Ao tratarmos sobre este tema em sede de desapropriação, devemos ressaltar a existência de três tipos de competência. De início, cumpre-se tratar da competência legislativa, que é privativa da União, conforme atesta o inciso II, do art. 22, da Constituição Federal. Essa competência significa produção nova a respeito da matéria, prevendo novos tipos de desapropriação. A Constituição Federal também prevê a possibilidade de delegação da União aos Estados, por lei complementar, para legislarem sobre questões específicas sobre desapropriação.

Quanto à competência para decretar ou declarar a utilidade pública ou o interesse social, esta é da competência de todos os entes federados, dentro dos limites impostos pela legislação que regula a matéria. É, portanto, competência concorrente entre os membros da federação.

Finalmente há a chamada competência executória. Quem exerce essa competência são os chamados beneficiários da desapropriação, pois o bem será integrado ao seu patrimônio. São eles a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, além da administração pública indireta, concessionárias e permissionárias de serviço público.

3.6 – Fases

O procedimento administrativo de desapropriação, tal como já restou consignado, divide-se em fases, nas quais o Poder Público expropriante, bem como o interessado produzem inúmeras manifestações volitivas.

Procedimentalmente, os atos podem ser divididos, notoriamente, em duas fases: a *fase declaratória* e a *fase executória*. Na primeira destas fases, o Poder Público demonstra sua intenção quanto à desapropriação do bem, enquanto que na fase executória são adotadas as providências para a efetiva transferência do bem. Passa-se, então, a uma análise pormenorizada das duas fases.

3.6.1 – Fase Declaratória

Nesta fase, há a chamada *declaração* de utilidade pública ou de interesse social do bem a ser expropriado, nos termos do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41. Tal declaração configura-se como a vontade do ente expropriante, expressa no sentido de ver o bem desapropriado e incorporado ao seu patrimônio.

A declaração de utilidade pública ou de interesse social pode ser formalizada por decreto do Chefe do Executivo ou por lei. Tomando por base o fato de que o ato que externa a declaração em comento possui natureza de ato administrativo, vê-se que, quando determinada lei declarar a utilidade pública ou o interesse social do bem a ser expropriado, tal lei será considerada como lei de efeitos concretos, ou seja, será uma lei apenas no sentido formal.

O referido ato administrativo de declaração de utilidade pública ou interesse social apresenta uma característica interessante se comparado com os demais atos desta natureza. É que, sob determinado aspecto, tal ato apresenta-se como discricionário, enquanto que, sob ótica diversa, configura-se como ato administrativo vinculado.

Sabe-se que, à Administração Pública, e somente a ela, é dado analisar a conveniência e a oportunidade do ato a ser tomado. E isto não é diferente no caso ora apresentado, na medida em que o mérito administrativo do ato de declaração é de análise privativa do administrador público. Ocorre que os casos de desapropriação não podem ultrapassar aqueles previstos em lei e aí sim estará o administrador vinculado às hipóteses permitidas, não possuindo qualquer liberdade quanto ao fundamento da declaração.

O conteúdo da declaração expropriatória deverá ser bem delimitado, sob pena de não servir aos fins a que se destina. Desta feita, o bem objeto de expropriação deverá ser individualizado com precisão. Não cabe, assim, declarações genéricas, do tipo que vincula toda uma determinada área como sendo de utilidade pública. Neste tipo de situação, todos os bens deverão ser individualizados, caso contrário a declaração será inválida e inapta a produzir qualquer efeito jurídico.

O fim buscado pela desapropriação do bem também deverá ser explicitado no decreto expropriatório, uma vez que somente de posse desta informação poderá o proprietário perquirir qualquer desvio de finalidade eventualmente existente quando da utilização do bem. Com a declaração da finalidade da expropriação também poderá ser realizado o enquadramento entre as hipóteses que ensejam a desapropriação e o que realmente se verifica no caso concreto, sendo aconselhável que seja indicado, na declaração expropriatória, o dispositivo legal da lei que disciplina a desapropriação, para que se torne imune a dúvidas qualquer intenção do Poder Público.

Outrossim, cabe ressaltar lição de José dos Santos Carvalho Filho que, analisando o tema, esclarece:

Como ocorre com todo ato administrativo, o ato que consubstancia a declaração expropriatória também é sujeito a controle judicial em todos os aspectos que digam respeito aos requisitos de validade dos atos em geral. Desse modo, podem ser apreciados aspectos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto do ato.

Só está excluído da apreciação judicial o exame da conveniência e oportunidade que inspiram o administrador à escolha de certo bem para o efeito da desapropriação. Esse poder de escolha é privativo da Administração e não cabe ao juiz criar outro juízo de valor, porque é necessário garantir a Separação de Poderes e de funções (art. 2º da CF). Confirmando esse aspecto, o TJ-SP já decidiu acertadamente que “*não é*

*dado ao judiciário examinar o ato da Administração, sob os critérios de oportunidade, necessidade e conveniência da desapropriação.*⁹

Alguns efeitos defluem do ato declaratório, como o fato de submeter o bem à força expropriatória do Estado. Isto decorre da auto-executoriedade da declaração, evidenciando a possibilidade que tem a Administração Pública de fazer cumprir os seus próprios atos sem a necessidade de recorrer previamente ao Judiciário.

A declaração também fixa o estado do bem para efeito de posterior indenização, atestando as benfeitorias existentes naquele instante e a categoria a que pertencem. Recorde-se que, segundo dispõe o §1º, art. 26, da Lei Geral de Desapropriação, as benfeitorias realizadas após a expedição do ato declaratório só serão indenizadas se forem necessárias ou, se forem úteis, se tiver havido prévia autorização. As voluptuárias posteriores não serão nunca indenizadas.

A declaração também confere às autoridades competentes o direito de penetrar no imóvel para fazer verificações e medições, desde que estes atuem sem abuso de poder. Pode a Administração Pública valer-se de força policial, mas, se houver abuso, cabe indenização por ter sido molestado o particular, sem prejuízo da responsabilidade penal. Cabe ressaltar que o Poder Público até aqui não tem ainda a posse, pois esta nunca é transmitida na fase declaratória, mas somente na fase executória, adiante examinada.

Por fim, a data do ato declaratório constitui o termo inicial de fluência do

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Lumen Juris 12ª Edição. Rio de Janeiro 2005. Pág. 751.

prazo de caducidade da declaração. O Decreto-Lei nº 3.365/41 determina que a desapropriação deverá efetivar-se no prazo de cinco anos, contados da data da declaração, Findo este prazo e não promovida a desapropriação, o ato de declaração caducará. Entretanto, poderá ser novamente declarada a utilidade pública após decorrido um ano. Frise-se que o prazo para que se promova a desapropriação, nos casos de interesse social, diminui para dois anos.

3.6.2 – Fase Executória

Esta fase compõe os atos pelos quais o ente expropriante promove a desapropriação, adotando as medidas necessárias para a integração do bem ao patrimônio público.

Como dito acima, a competência para promover a desapropriação é tanto das entidades federativas quanto das entidades, públicas ou privadas, que ajam por delegação do Poder Público, feita por lei ou contrato, abrangendo autarquias, fundações governamentais, empresas públicas, sociedades de economia mista, além de concessionários e permissionários de serviço público.

A fase executória, normalmente, é dividida em uma fase administrativa e outra judicial. A primeira, em regra, é obrigatória, sendo o momento em que o Poder Público procura o proprietário e propõe um acordo, fazendo-lhe uma proposta de indenização. Caso seja aceita a proposta feita ao proprietário, encerra-se aqui o procedimento de desapropriação. Normalmente não é o que ocorre, prolongando-se até a fase judicial. Nos casos em que não se saiba quem é o proprietário, passa-se

diretamente à fase judicial.

Com a ausência de acordo entre Poder Público e proprietário, inicia-se o processo judicial de desapropriação através da ação de desapropriação, proposta pelo ente expropriante em face o proprietário expropriado.

3.7 – Ação de Desapropriação

3.7.1 – Foro Competente

De início, cumpre-se esclarecer que o foro competente para processar a ação de desapropriação dependerá da posição do ente expropriante dentro da federação. Assim, as ações expropriatórias promovidas pela União, suas autarquias e empresas públicas devem ser propostas perante a Justiça Federal, assim como quando estas entidades forem interessadas, nos termos dispostos pela Constituição Federal.

3.7.2 – Petição Inicial

A petição inicial deverá conter os requisitos genéricos previstos no Código de Processo Civil, além de outros específicos dispostos no art. 13, da Lei Expropriatória, tal qual pode ser analisado:

Art. 13. A petição inicial, além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil conterà a oferta do preço e será instruída com um exemplar do contrato, ou do jornal oficial que houver publicado o decreto de desapropriação, ou cópia autenticada dos mesmos, e a planta ou descrição dos bens e suas confrontações.

.....
Parágrafo único. Sendo o valor da causa igual ou inferior a dois contos de

réis, dispensam-se os autos suplementares.

Percebe-se do dispositivo legal que não há o caráter de obrigatoriedade da qualificação do pólo passivo da demanda, sendo apenas necessária a qualificação exata do imóvel a ser desapropriado, podendo a ação prosseguir perfeitamente sem a presença do proprietário. Destarte, o título de propriedade não é documento essencial à propositura da ação, muito embora constitua requisito indispensável para o levantamento do valor da indenização.

Como dito acima, além dos requisitos genéricos, há, também, os específicos, dentre os quais se destacam a necessidade de oferta do preço a título de justa indenização e, se for o caso, pedido de imissão provisória na posse.

3.7.3 – Imissão de Posse Provisória

A imissão provisória na posse configura-se como a transferência da posse do bem objeto da desapropriação para o expropriante, já no início da lide, obrigatoriamente concedido pelo juiz se o Poder Público alegar urgência e depositar em juízo, em favor do proprietário, a importância fixada segundo o critério previsto na Lei Geral de Desapropriações. Como visto, a imissão provisória só pode ser concedida pelo Poder Judiciário.

Para a sua concessão, como analisado acima, são necessários dois requisitos. O primeiro consiste na alegação de urgência, que pode se dar a qualquer tempo (no ato declaratório, no início da ação judicial ou no seu curso). Entretanto, a partir da declaração de urgência, o ente expropriante terá o prazo de cento e vinte

dias para exercer seu direito de imitir-se provisoriamente na posse do bem. Caso transcorra este prazo sem que seja requerido ao juiz a imissão provisória, este estará impedido de concedê-la.

O outro requisito corresponde ao depósito, em juízo, do valor fixado conforme critérios definidos em lei. O depósito prévio deverá ser arbitrado pelo magistrado após instrução sumária processada inicialmente.

3.7.4 – Contestação

De acordo com o art. 20 da Lei de Desapropriação, a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço. Qualquer outra questão deverá ser discutida em ação própria. O art. 9º da mesma lei veda ao Judiciário discutir no processo de desapropriação se realmente era caso de utilidade pública. Nesse dispositivo não existe inconstitucionalidade, pois com ele apenas se evita que no processo de desapropriação se discutam questões estranhas ao seu adequado rito. Outrossim, permitir ao magistrado que forneça seu juízo de valor acerca da utilidade pública declarada seria uma intervenção deste no mérito administrativo, fato não permitido pela ordem jurídica vigente, sob pena de malferimento ao Princípio Constitucional da Separação de Poderes.

3.7.5 – Sentença

Ao solucionar a lide, a sentença proferida pelo magistrado na ação de desapropriação também deve fixar o valor da indenização devida pelo expropriante

ao expropriado. Conforme ressalta José dos Santos Carvalho Filho “É o pagamento da indenização que dá ensejo à consumação da desapropriação e à imissão definitiva na posse do bem pelo expropriante”.

Segundo o mesmo autor, a sentença, destarte, possui duplo efeito: autorizar a imissão definitiva na posse do bem em favor do expropriante, bem como consubstanciando-se em título idôneo para a transcrição da propriedade no registro imobiliário.

3.8 – Indenização

O montante da indenização devida ao expropriado é o resultado da soma das diversas quantias componentes do conceito de indenização justa, conforme previsão constitucional. Assim, de forma sucinta, abaixo se apresenta a discriminação das quantias devidas ao expropriado, as hipóteses em que são cabíveis, bem como a disciplina de seu cálculo.

1. Valor do bem expropriado. A indenização em si corresponde, principalmente, no valor do bem objeto da desapropriação, devendo se considerar o valor de mercado como parâmetro para o valor a ser pago. O valor do bem corresponderá à base de cálculo das demais verbas. Ressalte-se que devem ser indenizadas as benfeitorias já existentes no imóvel.

2. Lucros cessantes e danos emergentes.

3. Juros compensatórios. Correspondem a uma construção jurisprudencial, desenvolvida com o intuito de compensar o proprietário pela perda antecipada da posse. Portanto, só é cabível nos casos em que há a imissão provisória na posse.

4. Juros moratórios. São devidos a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que deveria ser feito o pagamento da indenização à luz do art. 100 da CF. Já restou sedimentado na jurisprudência que os juros moratórios são cumuláveis com os juros compensatórios.

5. Honorários advocatícios. A base de cálculo é a diferença entre a quantia apurada na condenação (incluindo juros compensatórios e moratórios) e aquela ofertada inicialmente. Apenas incide sobre o valor em que o ente expropriante sucumbiu.

6. Custas e despesas processuais.

7. Correção monetária. Incidente a partir do laudo de avaliação do imóvel, até o efetivo pagamento.

8. Despesas com desmonte e transporte de mecanismos instalados e em funcionamento.

CAPÍTULO 4

DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA E INCONSTITUCIONALIDADE

Muito se discutiu linhas atrás acerca dos diversos aspectos que envolvem o instituto da desapropriação, desde uma breve análise sobre a origem e desenvolvimento da propriedade, passando pela idéia de intervenção do Estado na propriedade privada, até o estudo das fases e peculiaridades da desapropriação ordinária. Pois bem, após tal estudo, com todas as bases necessárias construídas para a análise do tema principal, passa-se a enfrentar a inconstitucionalidade da desapropriação para revenda.

4.1 – Desapropriação de áreas não necessárias

Em regra a desapropriação tem por escopo um objeto certo que sairá do patrimônio do particular para integrar o patrimônio público. Entretanto, admite-se, em alguns casos, que a desapropriação atinja uma área maior que a necessária, e este tipo expropriatório está previsto no artigo 4º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, nestes termos:

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 construção da obra e as que se destinam à revenda

Do dispositivo legal infere-se que o Poder Público, através do ato expropriatório, deve discriminar, caso seja necessário, as áreas destinadas à

continuação da obra e as que se destinam à revenda. Esta última hipótese é a desapropriação por zona, que será tratada com mais detalhes adiante.

O art. 4º da lei permite que o ente expropriante desaproprie não somente a área que será imediatamente necessária à execução da obra pública, mas também as áreas circunvizinhas, imprescindíveis à continuação do empreendimento. Quanto a tais áreas, pertinente é a lição Kiyoshi Harada, para quem:

Área contígua significa área confrontante, ligada à principal. Havendo espaçamento físico entre as duas áreas, descabe falar-se em área contígua. Na verdade, essa área contígua é aquela incluída no perímetro delimitado pela lei que aprovou determinado melhoramento público.¹⁰

Quanto ao melhoramento público, importante observar que o diploma legal que o aprova não obriga o Executivo a implantá-lo. Dentro da discricionariedade que lhe é inerente, cabe à Administração escolher o momento de sua execução parcial, ou total, conforme a conveniência e oportunidade de seus interesses.

Teoricamente, seria possível promover a desapropriação de todo o perímetro abrangido pelo melhoramento, mesmo que ausente um plano de obras já devidamente planejado, com o intuito de não onerar a Administração Pública com constantes desapropriações a serem colocadas em prática. Entretanto, a prática desmente esta teoria. O que se vê é a constante mudança de planejamento das obras, cada vez que a administração do ente expropriante sofre mudança em seu comando. Desta feita, desapropriar extensas áreas para execução de obras ao

¹⁰ *Desapropriação. Doutrina e prática*. Ed. Atlas. 2005. Pág. 85.

longo dos anos, ao contrário do que parece, acaba sendo prejudicial ao interesse público.

4.2 – Desapropriação por zona: distinções

Primeiramente, cumpre-se distinguir a desapropriação por zona da venda de bens expropriados. Vezes há em que o magistrado determina a incorporação da área remanescente, isoladamente inaproveitável, a pedido do expropriado. Em outros casos o faz supondo ser de maior vantagem ao Poder Público a sua incorporação do que indenizar-se a desvalorização do remanescente.

Tais atitudes são criticáveis do ponto de vista da função que o Estado acaba exercendo em casos como este. Ora, o Poder Público – e este raciocínio também é aplicável a desapropriação por zona –, não pode comportar-se como imobiliária ou agente de imóveis, pelo que deve desapropriar somente a área estritamente necessária para a realização da obra ou serviço a que estava previamente designada.

Entretanto, como lembra Kiyoshi Harada, pode haver erro na medição da área, ou mesmo uma mudança repentina no projeto da obra, possibilitando a presença de áreas excedentes de desapropriação, não previstas inicialmente. Nestes casos, poderá o Poder Público alienar as áreas excedentes, desde que esteja presente o interesse público, devidamente justificado, devendo ser tal alienação precedida de autorização legislativa, avaliação e concorrência. A licitação, nas hipóteses de venda ao proprietário lindeiro, é dispensável.

Também não há que se confundir a desapropriação por zona com as hipóteses em que a desapropriação, para que se atenda ao interesse público, está, por natureza, ligada a uma posterior alienação, tal como se percebe quando da desapropriação por utilidade pública visando ao loteamento de terrenos para melhor utilização econômica, higiênica ou estética, modalidade prevista no art. 5º, *i*, do Decreto-Lei nº 3.365/41. Exemplo marcante trata-se dos casos de desapropriação por interesse social que, em todas as hipóteses, implicam alienação posterior, como é o caso da desapropriação de glebas rurais por interesse social para fins de reforma agrária. Por fim, tem-se como exemplo a desapropriação urbanística, prevista no art. 182, § 4º, da Constituição Federal.

Em todas estas hipóteses, problema não há com relação à validade e legitimidade da venda dos bens desapropriados, na medida em que tais procedimentos acarretam, necessariamente, alienações posteriores, que passam a se constituir em um imperativo do postulado da função social da propriedade.

4.3 – Desapropriação por zona e contribuição de melhoria: cotejo

Como visto, a desapropriação por zona retira seu fundamento de validade do art. 4º do Decreto-Lei nº 3.365/41, tendo por finalidade a expropriação das áreas circunvizinhas àquela diretamente utilizada para a execução da obra pública, que acarreta valorização excessiva de tais áreas. O móvel da desapropriação passa, então, a ser a desapropriação de propriedades valorizadas para ulterior revenda pelo Poder Público.

Assim, segundo os defensores de tal forma de “invasão” do Estado na propriedade privada, estar-se-ia vedando, em última análise, o enriquecimento sem causa. Alguns proprietários seriam extremamente beneficiados com a implantação do melhoramento público levada a cabo com os recursos financeiros advindos da sociedade como um todo. Daí a desapropriação objetivando a redistribuição da *mais-valia*. Ver-se-á que tal argumento cai por terra, tornando a desapropriação por zona incompatível com a ordem jurídica vigente.

Com efeito, a partir da Constituição Federal de 1.946, quando restou previsto o tributo contribuição de melhoria, que tem por fato gerador exatamente a valorização imobiliária decorrente da realização de obra pública, restou prejudicada a constitucionalidade da malsinada desapropriação por zona.

Em que pese este entendimento, vários autores defendem a constitucionalidade do instituto em análise, tornando o tema deveras controvertido. Geraldo Ataliba, por exemplo, sustenta que a desapropriação para revenda é apenas uma alternativa à contribuição de melhoria, cabendo, assim, ao Poder Público, optar pelo instituto mais favorável aos seus interesses.¹¹

Seabra Fagundes, no mesmo sentido, defende que:

Agindo como termômetro compensador, o Poder Público estende a desapropriação às áreas contíguas, tomando a iniciativa de revendê-las por preço que compreenda as despesas feitas ou dando-lhes o destino mais conveniente a uma política econômica e social.¹²

¹¹ *Natureza jurídica da contribuição de melhoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. Pág. 70.

¹² *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949. Pág. 102.

Por outro lado, defendendo o posicionamento ora levantado, Pontes de Miranda afirma que “não há desapropriação porque o bem convenha à Fazenda Pública, porque aí se trata de interesse privado da União, do Estado-membro, ou do Município”.¹³

Deveras eclética é a posição de Aliomar Baleeiro que, se por um lado afirma a possibilidade de o Poder Público optar entre a contribuição de melhoria e a desapropriação para revenda, por outro critica a utilização dos dois institutos, a uma porque obriga o governo a um investimento enorme, a outra porque envolve, necessariamente, “especulação imobiliária, que exige da administração o faro comercial, o espírito de aventura e o ânimo de assumir risco, enfim, as qualidades boas e más dos que se entregam a esse gênero de negócios”.¹⁴

Conhecendo-se melhor a contribuição de melhoria, para um mais aprofundado estudo da desapropriação por zona, percebe-se que, ao contrário do que possa parecer, o fundamento daquele tributo não repousa na vedação do enriquecimento sem causa ou do enriquecimento ilícito.

Ora, enriquecimento ilícito não há, na medida em que seu beneficiário não concorre para a obtenção desse resultado. Não se cuida, por sua vez, de enriquecimento sem causa, haja vista que a mais-valia decorre diretamente da atuação estatal consistente na implantação do melhoramento público que, assim, passa a ser a causa imediata da valorização do imóvel circunvizinho.

¹³ *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 14. Pág. 188.

¹⁴ *Uma introdução à ciências das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, Pág. 264.

Em verdade, fundamenta a contribuição de melhoria o princípio constitucional da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Tal princípio impõe que todos os beneficiados diretos pela execução de obras públicas paguem o tributo em análise, que se reverterá em favor da sociedade como um todo.

Portanto, legal e válida é a contribuição de melhoria para os casos de valorização extraordinária, decorrente da execução de obra pública, sendo este, portanto, o instituto a que deve lançar mão o Poder Público em casos que tais. No tópico seguinte, ver-se-á que a contribuição de melhoria não somente é válida, como também constitui-se no único meio para que o Poder Público atinja os fins almejados pelo instituto, excluindo-se a aplicação da desapropriação por zona.

4.3.1 – Desapropriação por zona e princípio da proporcionalidade

Outrossim, cabe analisar a relação entre a contribuição de melhoria e a desapropriação sob o prisma do princípio da proporcionalidade. Como visto, a desapropriação para revenda tem rigorosamente a mesma finalidade da contribuição de melhoria, qual seja transferir para os cofres estatais o sobrevalor patrimonial alcançado em virtude da obra pública. Essa modalidade de desapropriação não resiste, todavia, ao cotejo com o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, ao contrário do que muitos pensam, é oriundo do Direito Administrativo, cuja atividade de polícia, bem como a ponderação dos critérios de conveniência e oportunidade no âmbito do poder discricionário do

administrador, tornaram essencial o uso da proporção, a fim de estabelecer ponderações razoáveis e não arbitrárias na utilização daqueles poderes.

O princípio da proporcionalidade integra, ainda que implicitamente, o sistema jurídico brasileiro. Para alguns, seria uma decorrência do primado fundamental do Estado de direito; para outros, um princípio sustentado na cláusula do devido processo legal, compreendida numa acepção substantiva. Seja como for, é largamente reconhecido pela doutrina e adotado, com freqüência, pelos juízes e tribunais, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal.

O referido princípio desdobra-se em três elementos parciais ou subprincípios: a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito. Para a compreensão do tema que faz nossos cuidados, interessa a análise, ainda que sucinta, do princípio da necessidade ou da menor ingerência possível.

O subprincípio da necessidade é, por vezes, tratado autonomamente e, não raro, identificado com a proporcionalidade propriamente dita. Trata-se de um limite objetivo que exige a obtenção do resultado pretendido através do meio menos oneroso. Em palavras de J.J. Gomes Canotilho:

Esse requisito, também conhecido como 'princípio da necessidade' ou da 'menor ingerência possível' coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível. Assim exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adaptar outro meio menos oneroso para o cidadão.¹⁵

Pois bem, a desapropriação por zona não se compadece com o princípio em foco, mercê da disponibilidade de um meio menos gravoso para alcançar

¹⁵ *Direito Constitucional*. Ed. Almedina. 4ª Edição. Pág. 316.

idêntico resultado: a contribuição de melhoria. Não faz sentido impor ao cidadão a perda de sua propriedade, sendo possível alcançar o mesmo objetivo com o pagamento de um valor pecuniário, que, sobre ser um instrumento menos oneroso, é a forma que a própria Constituição Federal concebeu para absorver a mais-valia imobiliária decorrente de obra pública. Essa constatação não escapou à argúcia de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Contudo, reputamo-la inconstitucional quando destinada à revenda das áreas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da obra. Pelo menos duas razões assomam para levar a tal entendimento. Uma é a de que a própria Constituição prevê, em seu art. 145, III, a contribuição de melhoria, concebida para captar a valorização obtida à custa de obra pública. É este, então, o instituto idôneo a absorvê-la. Outra, a de que, se o Poder Público tem um meio para atingir o objetivo em causa, não pode se valer de outro que impõe ao administrado gravames maiores (a perda da propriedade) que os necessários para alcançar o fim que lhe serve de justificativa (recolher a valorização extraordinária).¹⁶

Por mais este motivo, constata-se que a cobrança da contribuição de melhoria é o instituto idôneo a promover a transferência da mais-valia imobiliária aos cofres públicos, consistindo, por via de consequência, no único instrumento de realização do princípio da igualdade nesse particular.

4.4 – Função especulativa do Estado: impossibilidade

Como visto, o instituto da desapropriação por zona, nada obstante várias vozes em sentido contrário, tornou-se inconstitucional com o advento da Constituição Federal de 1946. Em verdade, a desapropriação, de uma maneira geral, não pode ser utilizada fora das hipóteses previstas na Carta Magna, sob pena de se configurar um atentado aos direitos e garantias individuais.

¹⁶ *Curso de direito administrativo*, 18ª edição. Ed. Malheiros 2005. Pág. 816.

Foi visto acima que, para o atendimento do ideal de justiça social, consistente na redistribuição da mais-valia por toda a sociedade, a Constituição Federal municiou o Poder Público com o instrumento tributário adequado para o cumprimento dessa missão. Desta feita, a desapropriação somente pode ser levada a efeito para a persecução ao interesse público, materializado pela necessidade ou utilidade pública, interesse social, interesse social para fins de reforma agrária, interesse urbano, ou nos casos em que a propriedade é nociva à coletividade. Nestes casos, o Estado estaria exercendo o papel que lhe é devido, ou seja, estaria intervindo na propriedade privada com a única finalidade de atingir o interesse público.

Como é óbvio, desapropriar áreas que excedem o necessário para a execução da obra, em razão da iminente valorização dela decorrente, para uma posterior alienação, não parece, nem de longe, satisfazer o interesse público em nenhuma das modalidades acima mencionadas. O intuito de lucrar com a realização da obra pública passa a ser o único móvel do ente expropriante, ainda que se tenha como finalidade ressarcir-se das despesas efetuadas com o empreendimento.

Entretanto, para a percepção dos lucros esperados pelo Estado, a partir da utilização da desapropriação para revenda, há que se afirmar que a Administração Pública, *in casu*, deverá comportar-se verdadeiramente como uma espécie de agente imobiliário, estando a par de todas as mudanças neste mercado, passando a nele interferir diretamente, com o intuito de obter sucesso em seu

“negócio”. Em outras palavras, a especulação imobiliária passa a ser função inerente ao Estado, ao menos quando este lança mão da desapropriação por zona.

Foi visto em páginas anteriores que o próprio Aliomar Baleeiro, que defendia a possibilidade de o Estado optar entre contribuição de melhoria e desapropriação por zona para se alcançar o mesmo fim, reconhecia que o Poder Público teria que comportar-se como especulador imobiliário, ter faro comercial e arcar com os riscos do empreendimento, noções que, como se sabe, são próprias de atividade econômica privada. Neste passo, afirma-se, desde logo, que a atividade especulativa não só deixa de se constituir em caso de utilidade pública que autoriza a desapropriação, como é atividade eminentemente vedada pela Constituição Federal, quando exercida pelo Poder Público.

Conforme alerta Kiyoshi Harada:

A matéria não pode ser tratada à luz de princípios que regem o direito privado. É curioso notar que exatamente nos autores que mais acentuam o caráter público da desapropriação iremos encontrar, nessa questão, afirmativas próprias de civilistas, como a necessidade de o Poder Público ressarcir-se das despesas feitas com a obra pública, a exigência de faro comercial ou espírito aventureiro da Administração etc.¹⁷

O que se infere do texto constitucional, mais especificamente do art. 173 da Carta Magna, é que a exploração de atividade econômica pelo Estado somente é cabível quando necessária a imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. É fato que a Constituição abre a possibilidade, em seu art. 174, de o Poder Público intervir no domínio econômico, atribuindo aos entes da federação as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Entretanto, fiscalizar, incentivar

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 92

e planejar não implica em exercer atividade especulativa, típica da iniciativa privada. Isto destoa da ordem econômica vigente que homenageia a livre concorrência, uma vez que o Estado goza de prerrogativas, privilégios e possibilidades que a iniciativa privada não possui.

Quanto a este tema, mais uma vez nos socorremos das lições de Kiyoshi Harada, que, posicionando-se de forma semelhante à defendida neste trabalho, afirma que:

Não socorre o argumento de que a desapropriação para revenda visa gerar recursos necessários para a implantação do melhoramento público na área necessária, desapropriada para esse fim. O exame dos textos constitucionais aponta exatamente para o lado oposto. As obras públicas, assim como as próprias desapropriações, devem ser processadas pelo regime da despesa pública, vale dizer, mediante prévia autorização legislativa com a fixação de respectivas despesas na lei orçamentária anual (arts. 165, § 8º, e 167, I, II, V, VI e VII, da CF). Essas despesas públicas têm sua fonte nas receitas públicas, esta última auferida pelo Estado no desempenho de suas atividades econômicas tão-somente nos estritos limites constitucionais, o que afasta a atividade especulativa do Poder Público.¹⁸

Desta feita, ao Poder Público não é dado gerar receitas originárias extrapolando os limites constitucionais, mesmo que tais receitas se destinem ao financiamento de obras de interesse público incontestável. O autor acima citado, inclusive, exemplifica essa situação, afirmando que, caso outra fosse a solução, poderia o Estado “abrir um supermercado com a específica finalidade de obter recursos financeiros necessários, por exemplo, à manutenção do programa de merenda escolar ou para manter o serviço de saúde pública”.

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 93

À guisa de conclusão, a desapropriação para revenda, por implicar em necessária atividade especulativa do Estado, não possui enquadramento em quaisquer das hipóteses previstas no art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41, que apresenta os casos de utilidade pública. Também, como visto, não possui caráter de interesse social. Portanto, ausente o interesse público pertinente à desapropriação para revenda, que, em hipótese alguma, pode ser confundido com o interesse privado do ente expropriante em lucrar com a execução da obra, ausente também está o fundamento constitucional que justifique a intervenção do Estado na propriedade neste caso específico. Outra não poderia ser a solução, senão concluirmos pela manifesta inconstitucionalidade do instituto da desapropriação para revenda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de toda a pesquisa restou evidenciado o gravame dispensado ao expropriado a partir do momento em que se vê privado de sua propriedade, muitas vezes sem a devida contrapartida do Estado por esta perda. Ora, não é segredo que a indenização prévia e em dinheiro, na grande maioria dos casos, não é justa, como exige a Constituição Federal.

Muitas são as formas de intervenção do Estado na propriedade e, sem sombra de dúvidas, a desapropriação é a que mais afeta a individualidade do administrado. Nada obstante tal fato, defende-se aqui, ao contrário do que possa parecer, não somente a validade e legitimidade da conduta do Estado, quando lança mão do instituto da desapropriação, como também a extrema necessidade de tal conduta em grande parte das situações.

Entretanto, vezes há em que o Estado lança mão de meio mais gravoso ao indivíduo, com o intuito de alcançar objetivo que pode ser atingido facilmente de outra maneira. E neste ponto é que é facilmente perceptível a incompatibilidade da desapropriação por zona com a ordem jurídica vigente. A proporcionalidade que deve estar presente na Administração Pública não autoriza o Poder Público a onerar o administrado, extrapolando suas possibilidades, sobretudo quando preferível conduzir-se de maneira distinta, qual seja, utilizando-se da contribuição de melhoria.

Outro ponto que deve ser levado em consideração pelo Poder Público, quando da utilização da desapropriação para revenda, é a possibilidade de o Estado

atuar diretamente no mercado imobiliário, passando não só a fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica de que se cuida, como a interferir de forma inapropriada neste seguimento. O faro comercial, muito comentado linhas acima, não é próprio do Estado, assim como não lhe é dado “invadir” a propriedade privada, ainda que com o fim de ressarcir-se das despesas despendidas com a obra pública promovida. Desta feita, em uma última palavra, o intuito lucrativo não deve estar presente na conduta estatal, ao menos assim deve ser quando tal lucro não for autorizado pela ordem constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes. A Função Social da Propriedade na Constituição Federal de 1988. Salvador: JusPodivum, 2001. Disponível em: . Acesso em: 30 maio 2001.

ARAÚJO, Telga de. Função Social da Propriedade. In: FRANCA, R. Limongi (coord.) Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos reais na constituição de 1988. In: BITTAR, Carlos Alberto. A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991.

CHAGAS, Marco Aurélio Bicalho de Abreu. A doutrina da função social da propriedade no Direito Agrário. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: . Acesso em: 01 abr. 2004.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. A propriedade urbana na nova ordem constitucional. In: BITTAR, Carlos Alberto. A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 13ª. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

GRAU, Eros Roberto. Função Social da Propriedade (Direito Econômico). In: FRANCA, R. Limongi (coord.) Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005

CANOTILHO, J.J.GOMES. *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DERZI, Misabel de Abreu Machado e COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*, São Paulo: Saraiva, 1982.

FERRAGUTI, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*, São Paulo: Dialética, 2001.

GONÇALVES, J.A Lima. *Isonomia na norma tributária*. São Paulo: Malheiros, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 17ª edição, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12ª Edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 7ª Edição. Ed. Saraiva 2002.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: Doutrina e Prática*. 5ª Edição. Ed. Atlas 2005.

VELLOSO, Mário Roberto N. *Desapropriação: Aspectos Cíveis*. Ed. Juarez de Oliveira. São Paulo 2000.