

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

NÚCLEO DE MONOGRAFIAS

**ASPECTOS RELEVANTES DA LEI DE DESAPROPRIAÇÃO POR
UTILIDADE PÚBLICA, DECRETO-LEI 3.365/41: A DESAPROPRIAÇÃO POR
ZONA E A QUESTÃO DA RETROCESSÃO**

CURITIBA

2009

AMIN ABIL RUSS NETO

**ASPECTOS RELEVANTES DA LEI DE DESAPROPRIAÇÃO POR
UTILIDADE PÚBLICA, DECRETO-LEI 3.365/41: A DESAPROPRIAÇÃO POR
ZONA E A QUESTÃO DA RETROCESSÃO.**

Monografia a ser apresentada como
requisito parcial à conclusão do
Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Professor Doutor Romeu
Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2009

À minha mãe, a mais maravilhosa das
mulheres.

Ao meu afilhado e sobrinho, Enrico.

“Visto que o fundamento da propriedade é a utilidade, onde não houver utilidade possível não pode existir propriedade”.

Jean Jacques Rousseau

AGRADECIMENTOS

Sinto-me obrigado a prestar muitos agradecimentos às pessoas que colaboraram para minha formação acadêmica e, sobretudo, pessoal.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, por serem tudo.

À minha irmã, pelo exemplo de dedicação e esforço. Também, conjuntamente com meu cunhado, pelo convite para ser padrinho do meu lindo afilhado Enrico.

À minha avó, em memória, a qual tenho certeza que me acompanha de algum lugar melhor.

Aos amigos, sempre presentes em todas as horas, especialmente aos também colegas Guilherme Corrêa da Silva e Júlio Cezar Bittencourt Silva, de ajuda decisiva para minha formação.

Ao professor Romeu F. Bacellar Filho, pelo conhecimento passado e pelo grande exemplo positivo.

RESUMO

Existem algumas complexidades que cercam o instituto da desapropriação e causam divergência na doutrina e nos tribunais. Entre aspectos relevantes que compõem a lei 3.365/41, o presente trabalho é dedicado a separar alguns elementos para análise minuciosa: a desapropriação por zona e também a questão da retrocessão. Para atingir tais figuras, fez-se uma breve exposição sobre a evolução do direito à propriedade e a relação direta entre o poder de polícia estatal e a intervenção do Estado na propriedade. Explica-se, genericamente, o instituto da desapropriação. Conceitua-se a desapropriação por zona para ulterior desenvolvimento da obra e para revenda. Analisa-se a desapropriação extensiva para posterior revenda em face do tributo da contribuição de melhoria como meio de absorver gastos com melhoramentos públicos. Faz-se exame de constitucionalidade de tal instituto. Quanto à questão de retrocessão, trazemos o debate sobre a natureza jurídica de tal importante figura, divergindo a doutrina e a jurisprudência sobre o caráter pessoal, real, ou ainda, misto, do instituto.

Palavras-Chaves: propriedade – intervenção estatal – poder de polícia – desapropriação – desapropriação por zona – retrocessão

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DESENVOLVIMENTO DA TEMÁTICA.....	11
2.1 Direito de propriedade e a intervenção estatal.....	11
2.1.1 Breves comentários acerca do direito à propriedade	11
2.1.2 Da intervenção do Estado na contemporaneidade.....	15
2.2. Poder de polícia e restrição do Estado sobre a propriedade.....	18
2.2.1 Aspectos gerais	18
2.2.2 Direito comparado	19
2.2.4 Concepção moderna e ampliada do Poder de Polícia.....	22
2.3. O instituto da desapropriação	26
2.3.1 Conceito	26
2.3.2 Espécies.....	27
2.3.3 Objeto	30
2.3.4. Competência	31
2.3.5. Fundamentos.....	32
2.3.6 Do procedimento expropriatório	34
2.4. Desapropriação por Zona.....	41
2.4.1 Conceito	41
2.4.2. Do direito comparado	41
2.4.3. Definição de área contígua.....	43
2.4.4 Dos fundamentos	45
2.4.5 Da desapropriação para posterior revenda	47
2.4.6 Desapropriação por zona e contribuição de melhoria	50
2.4.5. Exame acerca da constitucionalidade	54
2.5 RETROCESSÃO	59
2.5.1 Conceito e aspectos gerais	59

2.5.2. A natureza do direito à retrocessão	62
2.5.3 Do prazo para a destinação do imóvel	70
2.3.4 Do Direito comparado.....	72
3. CONCLUSÃO	73
BIBLIOGRAFIA	76

1. INTRODUÇÃO

Há o interesse de se retomar aspectos de relevância sobre a lei que rege a desapropriação por necessidade e utilidade pública, Decreto-Lei n. 3.365/41. Certos elementos que compõem a norma são passíveis de apreciação a parte. O propósito deste trabalho é individualizar alguns elementos e descrevê-los de forma particularizada.

O desenvolvimento desta monografia se inicia com uma breve exposição sobre a evolução histórica da relação do direito à propriedade e a intervenção estatal, dando ênfase ao nosso direito pátrio sobre o assunto, norte necessário para alcançarmos o instituto de desapropriação em espécie e seus respectivos pontos relevantes que serão analisados nesse trabalho: a desapropriação por zona e a questão da retrocessão, temas sobre os quais a doutrina e a jurisprudência polemizaram durante muito tempo e sobre os quais ainda restam questões controversas.

Desde a antiguidade o direito à propriedade é assegurado, porém na época seu uso era ilimitado. Ao passar dos séculos, houve a intervenção do Estado na propriedade particular, gradativamente, começando de forma tímida em Roma até a atual construção da idéia de função social da propriedade, passando por épocas mais ou menos rígidas de controle estatal. A nossa Constituição Federal de 1988 garante expressamente o direito à propriedade, enquanto, ao mesmo tempo, sujeita o seu exercício às finalidades econômicas e sociais do Estado, além da proteção ao meio-ambiente.

Essa adequação entre as liberdades individuais (no caso o direito à propriedade) ao interesse coletivo, decorre da Administração Pública por meio do que chamamos de Poder de Polícia. Trata-se do poder do Estado sobre os indivíduos, sempre buscando a satisfação do bem público. O Estado tutela interesses maiores, da coletividade, em face do direito individual. Atualmente, essa concepção é muito ampla, pois a gama de direitos tutelados multiplicou-

se, sendo que há, inclusive, imposições positivas do Poder Público sobre o particular, como o dever de fazer (no campo das propriedades, de como utilizar o bem).

Existem alguns institutos pelos quais o Estado interfere na propriedade, sendo um deles a Desapropriação. Trata-se de uma medida drástica, pois para o particular implica em perda da propriedade. É a transferência compulsória de um bem do domínio particular para o domínio público. Dentre as diversas perplexidades que cercam o instituto, tratamos, neste trabalho, das figuras da desapropriação por zona e da questão da retrocessão.

Tais figuras foram consideradas, nesta monografia, como aspectos de relevância da “lei geral das desapropriações”, Decreto-lei 3.365/41, lei da desapropriação por utilidade pública. Tratar-se-á, destarte, da desapropriação ordinária, direta e fundamentada na utilidade pública.

Ocorreu tal consideração devido a controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre os temas através dos anos que sucederam a vigência da lei. Discute-se, ainda, acerca de aspectos da desapropriação por zona e da retrocessão. Embora não haja mais tanta polêmica na doutrina como outrora, os principais autores do assunto em nosso país ainda divergem sobre tais temas, como veremos no desenvolvimento de cada figura específica.

A desapropriação por zona é aquela que trata o art. 4 do Decreto-lei 3.365/41, também chamada de desapropriação extensiva. Consiste na desapropriação de uma área maior que a necessária à realização de uma obra ou serviço, abrangendo uma área contígua a ela, tendo em vista ou reservá-la para ulterior desenvolvimento da obra ou vendê-la, a fim de absorver a valorização extraordinária que receberá em decorrência da própria execução do projeto¹

Pretende-se, no desenvolvimento, analisar a figura da desapropriação por zona ou desapropriação extensiva para posterior revenda em face do

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. P. 745

tributo da contribuição de melhoria como instituto para promover a absorção de gastos do Poder Público com melhoramentos feitos após a desapropriação regular e direta de certa propriedade que provocará ulteriormente a valorização dos terrenos adjacentes e circunvizinhos. Busca-se a justiça social dessa forma, usando-se da utilidade pública para promovê-la. Seria a desapropriação por zona válida constitucionalmente, em vista de que nossa Constituição prevê a contribuição de melhoria especificamente para esse fim, sendo que, a princípio, esta é muito menos danosa ao particular? O suposto caráter especulativo a ela inerente é admissível em nosso direito?

Já a figura da retrocessão também sempre causou polêmica, principalmente antes do Código Civil de 2002. Trata-se do direito que tem o expropriado de exigir de volta o seu imóvel caso o mesmo não tenha o destino para que se expropriou. É um direito de caráter incontestável no caso de tredestinação, e de grande importância, porém, quanto sua natureza, há discussão se trata-se de um direito real ou direito pessoal, sendo este um longo debate que divide a doutrina e tem diversa construção jurisprudencial, ocasionados por uma sucessão legal contraditória.

Tem-se que destacar que em nossa doutrina há certa escassez sobre os temas trabalhados, havendo poucos manuais específicos que tratem dos institutos da desapropriação por zona e a questão da retrocessão como foco principal. Contudo, vemos a desapropriação de forma geral magistralmente tratada nos diversos cursos de Direito Administrativo, fundamentais em termos de conteúdo e opinião crítica para a construção dessa monografia.

2. DESENVOLVIMENTO DA TEMÁTICA

2.1 Direito de propriedade e a intervenção estatal

2.1.1 Breves comentários acerca do direito à propriedade

Remontar as origens do direito de propriedade é uma tarefa delicada, pois ao tratar da relação entre pessoas e coisas devemos ter sempre em mente as peculiaridades semânticas e históricas que se encontram além da acepção terminológica da palavra “propriedade”.

Ao longo da história foram sendo construídas diversas relações de pertencimento chamadas pelos juristas e historiadores de “propriedade” que, de modo algum, se confundem com a noção que se pretende discutir no presente trabalho.

Alias, nesse sentido, adverte o Prof. Sergio Staut Jr.², em seu texto intitulado “Cuidados Metodológicos no Estudo da História do Direito de Propriedade”, em que enumera possíveis anacronismos e riscos culturais que podemos incidir ao tratar desse instituto.

Adotando-se tais precauções metodológicas, mas sem grandes pretensões em discorrer com profundidade acerca da história da propriedade, fazem-se necessárias algumas considerações para fins de se compreender a propriedade na contemporaneidade, para tanto, é imprescindível revisitar o percurso histórico desse conceito moderno.

² STAUT JUNIOR, S. S. **Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade**. P.. 155-170.

Conforme preleciona o Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho³, desde a Antiguidade o direito à propriedade é assegurado, no entanto, nesse período não havia limitações para o seu uso.

De outro modo, na Roma antiga, podemos notar vestígios da interferência do Estado na propriedade, ante os reclamos de interesse público. Outrossim, é possível se afirmar que nos períodos mais antigos a idéia de propriedade nos remetia diretamente a uma noção de apropriação de bens, de forma individualista e potestativa, que parte de um sujeito proprietário e de seu poder exclusivo e soberano.

Porém, em correntes doutrinárias dissidentes, talvez no próprio Direito Romano a concepção absoluta da propriedade era uma abstração, pois a simples existência do Estado e da ordem jurídica, na realidade, ao mesmo tempo em que assegura, reduz a extensão do domínio privado, sendo, assim, uma afirmação que restringe.⁴

No plano filosófico, a propriedade era anunciada como direito fundamental em razão de se caracterizar como a "mais alta exteriorização da personalidade do homem através do trabalho, ou seja, da atividade econômica dos indivíduos"⁵.

Havia, no entanto, uma tímida idéia de limitação do direito de propriedade, que consistia na existência de algumas leis que davam aos juízes o poder de obrigar os proprietários, com fundamento em interesse público, à venda de suas terras para a construção de aquedutos.

Surge a idéia de um direito do monarca sobre todo o território, caracterizando um domínio público iminente sobre todas as partes, sendo as

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. P. 144-145.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. P. 370

⁵ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e o Estado**. P. 215/216.

áreas transferidas para o domínio particular em virtude de uma concessão soberana que conferia o domínio útil⁶.

Após a revolução francesa há a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que eleva a propriedade como princípio a um direito sagrado e inviolável, embora enfatize e admita limitações ao direito no âmbito da necessidade pública. A idéia inicial da propriedade absoluta é uma abstração, sendo que a simples existência de um Estado reduz a extensão do domínio privado, ao mesmo tempo em que o assegura. O Código de Napoleão também cita a legitimidade da limitação do estado sobre a propriedade, pretendendo ser individualista.

A concepção individualista da propriedade somada a concepção de estado mínimo e não interventor, típico do início do capitalismo e pregado por pensadores como Adam Smith impossibilitava ingerências contra a propriedade particular, tido como intocável e inviolável pelas constituições europeias da época⁷.

Com a constante mudança na sociedade, e o surgimento de uma nova racionalidade que importa em uma espécie de sacralização do direito⁸, o direito de propriedade, antes visto como algo de caráter absoluto no sistema romano, dentre outras épocas, é atingido diretamente pelo processo de regulação das relações jurídicas e passa a sofrer limitações e restrições quanto ao seu exercício.

⁶ BACELLAR FILHO, R. F. Obra Citada. P. 147.

⁷ SMITH, ADAM. **A Riqueza das Nações**, ao comentar a interferência dos Estados na economia, para favorecer ora o campo, ora a cidade, afirmou que "*Se as instituições humanas nunca tivessem interferido nessas inclinações naturais, jamais as cidades poderiam em qualquer parte ter crescido além da medida compatível com o aprimoramento e o cultivo do território ou do país do qual fazem parte*".

⁸ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. P. 62

No Ocidente, a superação do modelo romano, liberal e individualista, só veio com as Constituições que passaram a cuidar de problemas econômicos e sociais.

Especificamente no Brasil, o princípio da desapropriação por utilidade pública foi instituído no Decreto de 21 de maio de 1821. Todo o constitucionalismo brasileiro, a partir de 1946, reservou espaço para a garantia dos direitos sociais e as suas derivações, como a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade em razão de interesse social.

Em verdade, a propriedade vem sendo afetada por crescentes números de restrições impostas pelo estado a partir da segunda metade do século XIX. Porém, enquanto antigamente referiam-se apenas aos direitos de vizinhança, hoje temos um sentido de função social da propriedade, que autoriza não apenas imposições negativas como a de não fazer, mas também as de deixar de fazer e hoje, pelas novas constituições, também a obrigação de fazer.

Com a Constituição de 1988, o direito fundamental à propriedade restou expressamente garantido no artigo 5º, inciso XXII - "é garantido o direito de propriedade", no entanto, passou a assumir uma nova feição, de caráter socializador, de modo a sujeitar o seu exercício com as suas finalidades econômicas e sociais e com a preservação do meio ambiente.

Segundo os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa, os direitos reais regulam as relações jurídicas relativas à coisa apropriáveis pelo sujeito. Essa noção psicológica de senhoria necessita de regulamentação jurídica para adequar a sociedade aos anseios e necessidades e individuais. Já que as coisas apropriáveis são finitas, cabe ao Estado regular sua apropriação e utilização. O direito de propriedade, ainda, é o que mais recebe reflexos

históricos e políticos em várias épocas e em vários Estados, sendo, então, o que mais se altera no espaço e no tempo.⁹

2.1.2 Da intervenção do Estado na contemporaneidade

No Brasil o direito de propriedade se mostrou evidente desde a Constituição Imperial de 1824, disposta no art. 179, inciso XXII, era garantida de forma plena, ressalvado, no entanto, “*se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e o emprego da propriedade do cidadão, ele será previamente indenizado do valor dela*”.

É possível concluir, desta feita, que o instituto da desapropriação se fazia presente desde a primeira Constituição brasileira, contudo, a despeito dessa previsão, a Constituição de 1824 deixou de especificar os casos possíveis que ensejariam a desapropriação.

Nesse sentido restou a legislação ordinária a incumbência de disciplinar a matéria, o que ocorreu com a Lei nº 422, de 1866 que, nas palavras da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, “especificou as hipóteses de necessidade pública e utilidade pública mantidas em todas as Constituições posteriores e definidas pelo art. 590 do Código Civil de 1916 (não repetido no código atual)”.

Conforme mencionado, com o advento da primeira Constituição republicana, as expressões constantes da referida lei ordinária “*necessidade e utilidade pública*” passaram a constar do texto constitucional, especificamente

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. P. 20.

¹⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. P. 106.

da redação do art. 72, § 17¹¹ que, ao assegurar o direito de propriedade em sua plenitude, ressalvava os casos de desapropriação por necessidade pública e utilidade pública.

Outrossim, a Constituição de 1946 manteve o direito a propriedade e o instituto da desapropriação, no entanto, ressalvou a este último o direito do proprietário do bem desapropriado em perceber previamente em dinheiro a indenização que deveria, inclusive, ser justa e compatível com o valor do bem.

Além disso, essa Constituição instituiu a chamada desapropriação por interesse social, que mais tarde serviu de inspiração para o princípio da função social da propriedade.

Posteriormente, com a emenda nº 10 de 1964, a propriedade passou a ser vista sob uma nova perspectiva, assim, surgiu uma modalidade de desapropriação para fins de reforma agrária, permitindo, inclusive, que nesses casos a indenização a ser paga ao proprietário, com exceção das benfeitorias úteis e necessárias, fosse feita por títulos de dívida pública.

Mais tarde, durante o período militar, com a edição do Ato Institucional nº 9, não mais se exigia indenização prévia na desapropriação para reforma agrária.

A Constituição de 1967 não trouxe grandes mudanças no do direito de propriedade, o que não aconteceu com a Constituição de 1988.

Nesta última Constituição (1988), a desapropriação, definida em sentido genérico, como a transferência compulsória, ou não, de um bem do domínio particular para o domínio público, passa a ser tratada como um procedimento administrativo complexo, de direito público, fundado em necessidade e utilidade pública, ou interesse social, e mediante justa e prévia indenização paga ao proprietário, em dinheiro ou títulos da dívida pública¹².

¹¹ “salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública mediante indenização prévia”.

¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**, P. 188.

Evidencia-se nessa noção a supremacia do interesse público sobre o particular à luz das noções de utilidade pública, necessidade pública, e interesse social.

Respalhada pelo art. art. 5º, XXIV¹³, da Carta Política, a desapropriação encontra sua regulamentação na legislação ordinária. A saber: no Decreto-lei nº 3.365/1941, que dispõe sobre os casos de desapropriação por utilidade pública, englobando aí os casos de necessidade pública (art. 5º), bem como na Lei 4.132/1962, que define os casos de desapropriação por interesse social.

Outrossim, a Constituição atual ainda prevê uma modalidade extraordinária de desapropriação, a chamada desapropriação sanção, aplicada aos casos de descumprimento da função social da propriedade, cumpre destacar que nesses casos a indenização não será prévia, tampouco em dinheiro.

Por fim, há que ressaltar a desapropriação confiscatória, prevista no art. 243¹⁴ da Constituição, que não confere o direito indenizatório ao expropriado, aplicada nos casos de utilização da propriedade para a cultura de ilegal de plantas proibidas.

¹³ “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”.

¹⁴ “Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem **localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas** serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, **sem qualquer indenização** ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. (G.n)

2.2. Poder de polícia e restrição do Estado sobre a propriedade

2.2.1 Aspectos gerais

Ao estudarmos o Direito Administrativo sempre nos deparamos com a relação entre a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual. De um lado temos o cidadão querendo exercer seus direitos e do outro a Administração tendo por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo. A Administração usa do poder de polícia para tanto.¹⁵ Como frisa o professor Augustin Gordillo *“Desde un punto de vista político, hablar de policía o poder de policía es tomar como punto de partida el poder del Estado sobre los individuos.”*¹⁶.

A expressão poder de polícia tem sua origem na jurisprudência norte-americana, criada por magistrados de tal país, cuja repercussão se estendeu até a atualidade. Em 1853, no caso *Noble*, o juiz Marshall, então presidente da Corte Suprema dos EUA, usa a expressão “Police Power” pela primeira vez: “pode se dizer, de um modo geral, que o Police Power se estende a todas as grandes necessidades públicas”. Da jurisprudência norte-americana a denominação passa aos trabalhos doutrinários de tal país e posteriormente é aceita mundialmente.¹⁷

O poder de polícia se fundamenta no princípio do interesse público. Limita-se o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse da coletividade. Criam-se as chamadas limitações administrativas. Celso Antônio

¹⁵ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. p. 108-109

¹⁶ *“desde un punto de vista político, falar de policía ou poder de policía é tomar como ponto de partida o poder do estado sobre os indivíduos.”*

¹⁷ CRETELLA JUNIOR, J. **Curso de Direito Administrativo**. P, 538

Bandeira de Mello nos conceitua muito bem o poder de polícia, que em sentido amplo corresponderia à “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”.¹⁸

Relacionando com o que vimos sobre a propriedade, concluímos que o direito a propriedade não pode ser exercido de forma ilimitada, pois coexistem com direitos alheios de mesma natureza e com interesses públicos maiores, cuja tutela cabe ao Poder Público. Entramos aqui no poder de polícia do estado. Para elucidar a idéia, nas palavras de Hely Lopes Meirelles “em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual”.¹⁹

Tinha-se, antigamente, a concepção de que o poder de polícia seria um instrumento de manutenção da ordem pública. Atualmente, porém, temos o conceito de que a ordem pública é um valor que será preservado como meio de promoção dos direitos fundamentais.

2.2.2 Direito comparado

Na França, podemos extrair da obra de Roger Bonnard um ótimo conceito acerca da polícia, sendo na visão deste a operação que tem por fim assegurar por via geral ou individual, preventivamente e por certas medidas apropriadas, a tranqüilidade, a segurança e salubridade pública, a fim de prevenir as ofensas aos direitos e propriedades dos indivíduos que poderiam resultar numa falta de tranqüilidade, de segurança e salubridade.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Obra citada*. P. 479

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, P. 115

Na doutrina italiana, Francesco D'Alessio e Orestes Ranelletti possuem opiniões convergentes, sendo que na visão deste é o modo de atividade pública que, no campo de administração interna, se desdobra, limitando ou regulando a atividade dos particulares e, eventualmente, se necessário, por meio da coação, com o objetivo de garantir o todo social e suas partes contra danos que possam advir da atividade humana. Guido Zanobini conceitua:

atividade da administração pública, dirigida a assinalar, na esfera administrativa e independente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares no interesse superior da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelas disposições penais.

Vários doutrinadores alemães estudaram a polícia em vários aspectos, como Lõning, Otto Mayer, Stein e Fritz Fleiner. Lõning entende a polícia como atividade de coação do Poder Público, enquanto Otto Mayer a vê como atividade de defesa da ordem pública. Stein a define como “a força organizada para defesa do comum perigo”. Fritz Fleiner vê a polícia como uma certa atividade administrativa, a ação de autoridade no domínio da Administração.

Nos Estados Unidos, pela doutrina dominante, o poder de polícia significa função do governo, sistema de regras e organização administrativa e organização administrativa e coercitiva, caracterizando-se seu conteúdo por assegurar e promover o bem-estar público, restringindo a liberdade e a propriedade privada, mediante restrição ou compulsão.²⁰

2.2.3 Conceito.

Nos ensinamentos de CRETELLA JR., uma das mais árduas tarefas em direito público é a de conceituar, em seus exatos contornos, o poder de

²⁰ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. PP. 527-528.

polícia, sendo sempre mais fácil determinar se algum caso particular está dentro do alcance daquele poder do que formular alguma definição abstrata que compreenda todos os casos. Não se pode, portanto, defini-lo de maneira rígida, sendo que ainda existe a problemática da dualidade entre as concepções existentes, a européia continental e a norte-americana.²¹

Podemos pegar o conceito de alguns autores para definir tal poder ,como no citado de Marçal Justen Filho “o poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade²²”.

Para o MEIRELLES, a razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades. O objeto do poder de polícia administrativa é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional, exigindo, portanto, regulamentação, controle e contenção pelo Poder Público.²³

Temos no direito brasileiro um conceito legal sobre poder de polícia no artigo 78 do Código Tributário Nacional:

considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

²¹ CRETELLA JÚNIOR, J. Idem. P. 538

²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** P.. 459.

²³ MEIRELLES, H. L. Obra citada. p.124

Modernamente, tem-se distinguido a polícia administrativa geral da polícia administrativa especial, sendo aquela a que cuida da segurança e da salubridade pública genericamente, e esta de setores específicos da atividade humana que afetem bens de interesse coletivo para os quais há restrições próprias e regime jurídico peculiar. Deve-se distinguir, por fim, poder de polícia originário do poder de polícia delegado, pois aquele nasce com a entidade que o exerce, enquanto este provém de outra, através de transferência legal.

O poder de polícia se manifesta em diversos âmbitos da sociedade, nos interessa, porém, a aplicação de tal poder no âmbito da propriedade.

Sabemos que a propriedade é um direito individual que assegura diversos poderes, esgotados no Direito Civil, como os poderes de usar, gozar, dispor da coisa, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo. Como já visto, não podem esses poderes serem exercidos ilimitadamente, por colidirem com direitos alheios de igual natureza e por que existem interesses públicos maiores. Entra-se na esfera do poder de polícia do Estado, saindo o estudo da propriedade da órbita do direito privado e constitui objeto de direito público.²⁴

2.2.4 Concepção moderna e ampliada do Poder de Polícia

Em uma concepção clássica, o poder de polícia era visto em visão negativa, traduzindo-se na imposição de deveres de abstenção, dos indivíduos. A omissão pelo sujeito era o suficiente para a então manutenção da ordem pública. Atualmente, também compreende a competência para impor deveres aos indivíduos, promovendo condutas que satisfaçam o interesse coletivo e os direitos fundamentais alheios.²⁵

²⁴ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. P. 120.

²⁵ JUSTEN FILHO, M. Obra citada. P. 483.

Resulta-se em um claro abandono da concepção liberal rígida, em que a intervenção do Estado só se justificava em casos limitados ao passo em que se aumenta a amplitude dos fins onde o Estado pode legitimar sua atuação. Tão evidente é a ampliação desses fins do Estado que não se utiliza mais a antiga trilogia (seguridade, salubridade e moralidade) e se utiliza noções mais genéricas, sendo que o poder de polícia acaba tendo por fim o “bem comum”, a “ordem pública”.²⁶

Trata-se de uma figura cuja noção foi muito ampliada, muitas vezes induzindo a abusos e erros por certa ambigüidade. Atualmente, obras mais recentes acabam por não se demorar em cima do tema e generalizar a matéria amplamente.

Houve, portanto, uma ampliação na concepção de poder de polícia, não apenas em conteúdo, mas também em extensão, impondo obrigações de fazer, ou seja, o dever de utilizar o bem. Hoje, abrange-se a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes e a segurança nacional.

Segundo DI PIETRO²⁷, foi então o momento em que se começou a falar em função social da propriedade, surgindo duas novas posições quanto a esta. Alguns autores a mantêm no âmbito do poder de polícia, interpretando a função social sob o aspecto negativo, onde ela abrangeria as limitações impostas nos mais variados âmbitos, incluindo as obrigações de não fazer e algumas obrigações de fazer, como adotar medidas de segurança. No aspecto positivo, ficaria a obrigação de fazer no dever de utilizar a propriedade. Outros distinguem que o aspecto negativo corresponde ao poder de polícia e o positivo seria um novo instrumento, a função social da propriedade.

²⁶ GORDILLO, Augustín. **Tratado de derecho administrativo**, P. 11

²⁷ DI PIETRO, M. S. Z Obra citada. P. 120.

A propriedade, atualmente, deve ser exercida conforme a função social a ela determinada. Impede-se que o proprietário exerça o domínio de forma abusiva e que o uso e fruição sejam de forma inadequada, excessiva, inútil ou, ainda, produzam lesão a outros interesses.

Como utilização inadequada, temos quando o uso ou fruição são incompatíveis com a natureza e as características do objeto. A utilização excessiva ocorre quando se promove a destruição da coisa devido ao uso ou fruição intenso. O uso inútil não produz nenhum benefício para o proprietário e o uso abusivo ocorre quando os efeitos negativos atingem interesses alheios, protegidos juridicamente.²⁸

O princípio da proporcionalidade norteia o modo de como as liberdades individuais devem ser fruídas pelos particulares, assim como as possíveis limitações estatais impostas ao gozo de tais direitos pelos particulares. Novamente, nos ensinamentos do professor Gordillo:

Para saber si una determinada limitación que el Estado pretende imponer a um derecho es o no válida, no podremos invocar simplemente el “poder de policía” como si estuviéramos en los tiempos del Estado absoluto: debemos buscar el concreto fundamento normativo de la restricción y a él solo podremos encontrarlo en el juego de las normas constitucionales y legales de nuestro sistema.

Essas restrições impostas pelo estado, que em verdade são manifestações do poder de polícia, se traduzem em medidas previstas em lei e em vários institutos jurídicos que podem ser tomadas. Acentua Gordillo em sua magistral obra:

Hay que evitar intoxicarse con las teorías del poder y lo que desde allí se puede hacer en detrimento de las libertades; se debe ser fiel a premisa inicial de qué es y para qué debe servir el derecho

²⁸ JUSTEN FILHO, M. Obra citada P. 479.

administrativo y no consagrar en cambio un “derecho administrativo” al servicio de la autoridad y del poder, como el “poder de policía.”²⁹

Podemos indicar como modalidade de restrição estatal sobre a propriedade privada: as limitações administrativas, a ocupação temporária, o tombamento, a requisição, a servidão administrativa, a desapropriação e o parcelamento e edificação compulsória e a desapropriação.³⁰

Separa-se nessa monografia apenas da desapropriação, sem esquecer-se das outras formas de intervenção do estado na propriedade, pelos motivos já expostos.

Temos já no direito positivo constitucional de 1946, que elucida primeiramente o instituto: “É assegurado 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”. Seria, então, a desapropriação, uma exceção ao direito de propriedade.

Ainda, o Código Civil de 2002, no art. 1228, parágrafo primeiro ao quinto, incorporando o preceito constitucional, prescreve:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º 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.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente,

²⁹ GORDILLO, A. Obra citada. P. 12.

³⁰ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. p. 119.

obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

De qualquer modo, o instituto do Poder de Polícia, como já visto, revela-se como uma das manifestações do Poder Público e pode recair sobre o direito à propriedade. Temos a desapropriação como a forma mais extremada dessa intervenção.

2.3. O instituto da desapropriação

2.3.1 Conceito

A desapropriação, em sentido genérico, é a transferência compulsória, ou não, de um bem do domínio particular para o domínio público. Trata-se de um procedimento administrativo, complexo de direito público, fundado em necessidade e utilidade pública, ou interesse social, e mediante justa e prévia indenização paga ao proprietário,, em dinheiro ou títulos da dívida pública.³¹

Encarando do ponto do direito civil, desapropriação é a perda da propriedade, porém vista sob o ângulo do direito público, é o ato que leva o estado à aquisição da propriedade.

Nos ensinamentos de BANDEIRA DE MELLO “o fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis”. Daí, então, o retro-examinado Poder de Polícia. Mostra-nos, ainda, que “o fundamento jurídico teórico consiste na tradução

³¹ BACELLAR FILHO, R. F. **Direito Administrativo**. P. 192

dentro do ordenamento normativo dos princípios políticos acolhidos no sistema.”.³² O fundamento normativo constitucional da desapropriação encontra-se nos artigos 5º XXIV, 182, parágrafo quarto, III e 184 e parágrafos de nossa constituição.

Nos ensinamentos de DI PIETRO “Impõe-se ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.”³³

PONTES DE MIRANDA conceitua a desapropriação como “o ato de direito público mediante o qual o Estado transfere direito ou subtrai o direito de outrem, a favor de si mesmo ou de outrem, por uma necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, ou simplesmente o extingue”.³⁴

Segundo nos ensina BACELLAR FILHO “é a forma mais drástica de intervenção do Estado na propriedade, pois, para o particular, resulta a perda dela.”.³⁵

Nos ensinamentos de Orlando Gomes, a desapropriação é um modo de perda de propriedade, visto que o dono da coisa se vê compelido a transmiti-la ao expropriante. A extinção é involuntária. O proprietário do bem não pode impedi-la. Ainda, na classificação do autor, trata-se de uma perda de propriedade por fato relativo ao próprio direito, sendo em virtude de transmissão independente da vontade do proprietário.³⁶

2.3.2 Espécies

Quanto as espécies, podemos dividir a desapropriação entre ordinária ou extraordinária. Na ordinária a indenização deve ser prévia, justa e em

³² BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada. p. 745

³³ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. p. 152.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C, citado por CRETELLA JUNIOR. J, Tratado Geral de Desapropriação – Fase Administrativa da Desapropriação, P. 146

³⁵ BACELLAR FILHO, R. F. **Direito Administrativo**. P. 93.

³⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. P. 180

dinheiro, enquanto na figura da extraordinária, o pagamento pode ser feito em títulos da dívida pública ou agrária, dependendo da modalidade. Há também algumas limitações de competência e limitações de bens sobre os quais pode recair a desapropriação extraordinária.³⁷

A doutrina tem classificado a desapropriação em direta e indireta. Direta é a desapropriação que observou todo o procedimento expropriatório. Nesta tem-se um ato declaratório e uma fase executória em que são promovidas medidas visando à aquisição da posse, do domínio e ao pagamento da indenização. Indireta é a desapropriação em que não se obedeceu a esse procedimento. Ao ver de Diógenes Gasparini essa distinção não é correta, é inapropriada. Trata-se de um verdadeiro esbulho, apossamento administrativo, não havendo ato declaratório e nem fase executória, sendo que o Poder Público entra na propriedade tomando posse do bem e passa a agir como se fosse seu proprietário. Isso obriga o proprietário a pleitear administrativa ou judicialmente o ressarcimento correspondente. A impropriedade atribuída pelo autor citado, é devido ao fato de não existir nenhum regime legal para a suposta desapropriação indireta, como há para a

³⁷GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. P. 636 “Duas são as espécies de desapropriação. Uma, consubstanciada no inciso XXIV do art. 59 da Constituição da República, chamada de ordinária; outra, fundada nos arts. 182, § 49, III, e 184 e parágrafos dessa Constituição, denominada extraordinária. Difere uma da outra essencialmente pelas seguintes notas: a) na ordinária a indenização deve ser prévia, justa e em dinheiro; na extraordinária, se para os fins de reforma agrária, a indenização, embora prévia e justa, é paga em títulos da dívida agrária com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e, se para fins de urbanização, é paga com títulos da dívida pública municipal de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros legais; b) a ordinária pode incidir sobre qualquer bem, salvo as vedações legais; a extraordinária, se para fins de reforma agrária, só pode recair sobre imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social, e, se para fins de urbanização, só pode incidir sobre propriedade urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, incluída no plano diretor, cujo proprietário não promoveu o seu adequado aproveitamento; c) a ordinária pode ser efetivada pela União, Estado-Membro, Município, Distrito Federal e outras pessoas a quem a lei reconheça tal competência; a extraordinária, se para fins de reforma agrária, só pela União ou seus delegados, e, se para fins de urbanização, só pelo Município e pelo Distrito Federal, que recebe constitucionalmente (art. 32, § 1) as competências que cabem ao Estado-Membro e ao Município. “

desapropriação direta. A doutrina e a jurisprudência criaram essa figura para satisfazer o particular esbulhado, que devido ao emprego da propriedade expropriada para fins públicos, não pode a reaver, conseguindo então uma indenização.³⁸

Não podemos confundir a desapropriação com um contrato de compra e venda, onde se caracteriza um acordo de vontades entre duas partes sobre a coisa e o preço. A desapropriação é um ato unilateral, o estado delibera a supressão da propriedade e ocorre então um ato jurídico distinto, o de fixação da indenização. Se houver discordância quanto a este, o particular deverá recorrer em juízo para que seja determinado o valor justo, que deverá ser pago previamente e em dinheiro.³⁹ Não há, também, o ato de transferência da propriedade, mas sim extinção do domínio do proprietário e o conseguinte surgimento do domínio do Poder Público, sendo então um modo de aquisição de domínio originário. Nos ensinamentos de BANDEIRA DE MELLO:

diz-se originária a forma de aquisição da propriedade quando a causa que atribui a propriedade a alguém não se vincula a qualquer 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 de propriedade.

Supondo que houve alguma compra de um terreno por parte de um proprietário A, de um antigo proprietário B, cujo contrato seja passível de anulação, o antigo proprietário B não poderá se dirigir contra o município. Ocorre então uma substituição do patrimônio, continuando o vínculo de propriedade do proprietário, porém com o domínio incidindo sobre bem diverso.

Como sujeito ativo da desapropriação, pode figurar quaisquer entidades políticas componentes da Federação, no caso a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Concessionários de serviços públicos e os

³⁸ GASPARINI, D. Obra citada. P. 645.

³⁹ JUSTEN FILHO, M. *idem, ibidem*.

estabelecimentos de caráter público também podem expropriar, desde que expressamente autorizados por lei ou contrato. Segundo alguns autores, as autarquias, por terem a mesma natureza das pessoas políticas poderiam decretar a desapropriação, porém, embora goze de autonomia administrativa, não tem a necessária autonomia política.

2.3.3 Objeto

Dos bens suscetíveis de desapropriação, devemos entender “a propriedade”, citada na Constituição Federal, em sentido mais amplo, não nos prendendo aos bens de natureza imobiliária. Em tese, tudo o que for objeto de apropriação, sob regime privado é, em princípio, desapropriado. Quando a lei que estabelece a desapropriação por utilidade pública cita “todos os bens”, refere-se à bens móveis, imóveis, direitos autorais, os privilégios de invenção, os semoventes, as ações de sociedade anônima, os arquivos e documentos de valor artístico ou histórico, enfim, tudo aquilo que for necessário para atingir o interesse público perseguido.⁴⁰ O espaço aéreo e o subsolo também podem ser desapropriados, no caso da utilização do bem resultar em prejuízo ao proprietário do imóvel. Há bens inexpropriáveis, como os direitos personalíssimos, no caso do direito pessoal do autor, direito à vida, à imagem, entre outros.⁴¹

Entende-se que a desapropriação não pode atingir bens móveis encontrados facilmente no mercado para aquisição, pois fere o princípio constitucional de licitação. Bens públicos podem ser expropriados, após

⁴⁰ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. P.58

⁴¹ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. P. 161

confronto de categorias de interesses justificatórios da desapropriação com as categorias de interesse público atendidas pelo bem em apreço.⁴²

2.3.4. Competência

Como sujeito ativo da desapropriação, fundamentada em utilidade pública, pode figurar quaisquer entidades políticas componentes da Federação, no caso a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público também podem expropriar, desde que expressamente autorizados por lei ou contrato. Segundo alguns autores, as autarquias, por terem a mesma natureza das pessoas políticas poderiam decretar a desapropriação, porém, embora goze de autonomia administrativa, não tem a necessária autonomia política.

Não se confundem os sujeitos ativos com as entidades indicadas no art. 3º da lei geral das desapropriações. Sujeito ativo é a pessoa que pode submeter o bem à força expropriatória, o que se faz por declaração de utilidade pública ou interesse social. As entidades indicadas em tal artigo podem promover a desapropriação, no caso a fase executória, depois de expedido o ato expropriatório. São beneficiárias da desapropriação, pois os bens expropriados integrarão seu patrimônio.

O parágrafo segundo do art. 2º do Decreto-lei nº 3.365/41 tem sido objeto de crítica pelos doutrinadores, pois há o entendimento de que a desapropriação de bens estaduais pela União ou de bens municipais pelos Estados ou pela União fere a autonomia estadual e municipal. A verdade é que a primeira vista pode nos parecer que essa gradação estabelecida em nível infraconstitucional pode ser interpretada em termos de classificar as entidades

⁴² MOREIRA NETO, D. F. Obra citada. P. 384.

como maiores ou menores, ainda como entes inferiores ou entes superiores, Isso não pode ocorrer, como vem referindo-se a grande maioria dos autores que cuidam dessa matéria.⁴³

2.3.5. Fundamentos

Temos como fundamentos e pressupostos da desapropriação: a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social. Separa-se apenas em duas modalidades e segundo o art 5º, XXIV⁴⁴, de nossa Constituição Federal, temos estabelecidos a necessidade ou utilidade pública e aquela por interesse social. A desapropriação por utilidade pública é tida como a figura ampla e geral, é utilizada sempre que o cumprimento das funções estatais (necessidade ou utilidade) exija a aquisição do domínio de bens alheios. É regrada pelo Decreto-lei n. 3.365/41, objeto deste estudo. Pode ser utilizada em todos os níveis da Federação, embora a competência para legislar sobre toda a matéria de desapropriação seja da União, como reza nossa Constituição no art. 22, II ⁴⁵. Isso não é em questão administrativa, sendo competência exclusiva da União a desapropriação por interesse social. Tais casos de desapropriação foram previstos na Lei nº 4.132/62. Inspira-se na função social da propriedade. Pela Emenda Constitucional nº 10, de 64, institui-se a modalidade de desapropriação que visa a reforma agrária e permitindo que a indenização fosse feita em títulos da dívida pública quando se tratasse de latifúndio, com exceção às benfeitorias úteis e necessárias, que seriam pagas

⁴³ HARADA, K. Idem. P.61

⁴⁴ **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;

⁴⁵ **Art. 22** - Compete privativamente à União legislar sobre:... **II** - desapropriação;

em dinheiro. Hoje tal modalidade de desapropriação é regulada pela Lei Complementar nº 76, de 1993, com alterações feitas pela Lei Complementar nº 88, de 1996. Observa-se que as definições de utilidade, necessidade pública e interesse social não ficam a critério da administração pública, sendo necessário mencionar o fundamento legal. O art. 243 da Constituição Federal prevê a expropriação, sem nenhuma indenização, de glebas situadas em qualquer região do País. utilizadas para a cultura ilegal de plantas psicotrópicas. Porém, pela natureza punitiva e de sanção, muitos autores tem essa figura como um verdadeiro confisco, não representando uma nova espécie de desapropriação.

De forma doutrinária, segundo DI PIETRO, pode-se distinguir as hipóteses citadas da seguinte maneira:

1. existe necessidade pública quando a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar no domínio do estado, o bem particular. ;

2.há utilidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível;

3.ocorre interesse social quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade⁴⁶

Os casos de necessidade e utilidade pública, que nos interessa nesse trabalho, em especial, capitulados no art. 590, parágrafo 1º e 2º, do Código Civil foram absorvidos, sob a designação de utilidade pública, pelo art. 5º do Decreto-lei 3.365. São as hipóteses de desapropriação por utilidade pública a segurança nacional, a salubridade pública, a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, a exploração ou conservação de

⁴⁶ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. P. 163

serviços públicos, a abertura, conservação ou melhoramento de vias ou logradouros públicos, a reedição ou divulgação de obras ou invento de natureza científica, artística ou literária, a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, entre outros. Já as hipóteses de desapropriação por interesse social, conforme dispõe o art 2º da Lei 4,132, entre outras: 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 servir ou possa suprir por seu destino econômico, etc...

Além da diferença das hipóteses legais, a desapropriação por utilidade pública diferencia-se da desapropriação por interesse social quanto ao prazo de caducidade da declaração, sendo que a da utilidade pública é de cinco anos e ao prazo de declaração de desapropriação por interesse social é de dois anos.⁴⁷

2.3.6 Do procedimento expropriatório

A desapropriação é um ato que pressupõe um procedimento prévio, sendo então o ato final deste. Pode ser um ato administrativo ou constituir um ato judicial, caso haja desacordo do particular quanto aos pressupostos ou validade dos atos administrativos. Com essa discordância, a desapropriação será feita por ato judicial.⁴⁸

O procedimento expropriatório se desenvolve por meio de uma sucessão de atos definidos em lei, que constituem duas fases, culminando com

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. P. 731

⁴⁸ JUSTEN FILHO, M. Obra citada. P. 503

a incorporação do bem ao patrimônio público. Uma fase é declaratória e a executória, sendo que a fase executória abrange uma fase administrativa e uma fase judicial. A fase declaratória é consubstanciada na declaração de utilidade pública, a fase executória corresponderá às providências concretas para efetivar a manifestação de vontade consubstanciada na declaração de utilidade pública. A fase é extrajudicial quando o poder expropriante e o expropriado acordam em relação ao preço e pode concretizar-se a aquisição compulsória mediante acordo no que respeita à indenização, não havendo, então, a intervenção do Poder Judiciário.

A desapropriação judicial ocorre quando o expropriante ingressa em juízo com a propositura da ação expropriatória. Neste caso, a manifestação judicial, ainda, poderá ser de dois tipos: primeiramente, meramente homologatória, caso o proprietário do bem aceite em juízo a oferta feita pelo expropriante, sendo que daí o juiz apenas homologa o acordo. Pode, porém, ser contenciosa, quando o proprietário e o expropriante não acordam em relação ao preço, que então será fixado pelo juiz, após um arbitramento.⁴⁹ Observa-se o procedimento estabelecido no Decreto-lei nº 3.365/41 em seus artigos 11º ao 30º. Na omissão da lei, aplica-se o CPC, como reza o artigo 42 da Lei das Desapropriações.

No processo judicial podem-se apenas serem discutidas questões relativas ao preço ou vício processual, segundo o art.20 do Decreto-lei acima citado, qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta. Veda-se, também, o Poder Judiciário decidir se verifica-se ou não os casos de utilidade pública. Tal ação direta poderá ser uma ação ordinária declaratória de nulidade ou um mandado de segurança, em havendo lesão a direito individual líquido e certo, ou até mesmo ação popular, se se verificarem os pressupostos previstos constitucionalmente.⁵⁰

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Idem. P. 734.

⁵⁰ DI PIETRO, M. S. Z. Obra Citada. P. 161

Caso o Poder Público declare urgência e deposite em juízo a importância fixada conforme critério previsto em lei, poderá ocorrer a imissão provisória da posse, que é a transferência da posse do bem que for objeto da expropriação para o expropriante, no início da lide. Caso o expropriado puder demonstrar que a alegação é inverídica, o juiz deverá negá-la. A urgência para fins de imissão de posse pode ser declarada a qualquer momento depois da declaração de utilidade pública do bem, dentro do seu prazo de validade. Não se confunde, porém, com a possibilidade da Administração ingressar no prédio para fins de verificações, previsto no art. 7 do Decreto-lei 3.365, que não acarreta a transferência de posse do bem.⁵¹

Quanto a declaração de utilidade pública, nos conceitua BANDEIRA DE MELLO “declaração de utilidade pública é o ato através do qual o Poder Público manifesta sua intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória.” A declaração pode ser expedida pelos entes federativos, além de algumas outras exceções permitidas por lei.

A declaração expropriatória pode ser feita pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo. Quando pelo Legislativo, através de lei, quando pelo Executivo, por meio de decreto. Em todo caso, o ato é de natureza administrativa, cabendo ao Poder Executivo tomar as medidas necessárias à efetivação da desapropriação. A autorização legislativa é obrigatória quando a desapropriação recaia sobre bens públicos.

Devem constar na declaração de utilidade pública: a) a manifestação pública da vontade de submeter o bem à força expropriatória, b) o fundamento legal em que se embasa o poder expropriante, c) a destinação específica a ser dada ao bem e d) a identificação do bem a ser expropriado.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada. P. 740

A declaração de utilidade pública já produz alguns efeitos, os quais são: a) submeter o bem à força expropriatória do Estado; b) fixar o estado do bem, isto é, de suas condições, melhoramentos, benfeitorias existentes; c) conferir ao Poder Público o direito de penetrar no bem a fim de fazer verificações e medições, desde que as autoridades administrativas atuem com moderação e sem excesso de poder; d) dar início ao prazo de caducidade da declaração.

Nota-se que a simples declaração de utilidade pública não tem o propósito de transferir a propriedade do futuro expropriado ao Estado, o proprietário do bem pode usar, gozar e dispor dele. Porém, embora a declaração de utilidade pública não seja suficiente para transferir o bem para o patrimônio público, ela incide compulsoriamente sobre o proprietário, sujeitando-o, a partir daí, às operações materiais e aos atos administrativos e judiciais necessários à efetivação da medida. Isso é uma decisão executória do Poder Público, no sentido de que não depende de título do Poder Judiciário para subjugar o bem. O particular que se sentir lesado por verificar algum vício no ato poderá impugná-lo judicialmente pelas vias ordinárias ou por mandado de segurança, podendo inclusive pleitear liminar que suste o procedimento da desapropriação até que haja apreciação judicial de validade do ato. Essa impugnação é possível ainda que a declaração de utilidade pública seja feita por lei, já que nesse caso se trata da chamada lei de efeito concreto.⁵²

Em razão do disposto no parágrafo acima, a Administração não pode negar alvará de licença para edificação no imóvel, desde que o postulante preencha os pressupostos legais de sua expedição. Trata-se de construções. Porém, todavia, a administração não será obrigada a indenizar o valor da edificação realizada no imóvel depois da declaração de utilidade pública. Trata-se do que diz a Súmula nº 23, do STF, segundo “verificados os pressupostos

⁵² DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. P. 158

legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para a desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada”. Em acórdão proferido no RE nº 49.820 – SP, que serviu de base à Súmula referida, o relator ministro Gonçalves de oliveira deixa claro “O poder de autorizar construções não coincide com o poder de expropriar. Salvo quando é a municipalidade que desapropria. Mas esta não pode, só por esse fato, ficar em condição mais desfavorável do que a União e o Estado. Desta sorte, ao autorizar a construção, no poder que lhe cabe como superintendente das edificações no Município, há de se lhe ressalvar o direito de declarar que não responde pelo valor da construção, como faculta o artigo 26 da Lei das Desapropriações, aplicável, por analogia, no caso de construções novas, já que é expresso o preceito, no que diz respeito às benfeitorias úteis”.⁵³

Isto é o segundo efeito da declaração, o de fixar o estado do bem. , cabendo observar que o ato declaratório deve conter a descrição do bem desapropriado, já que é nesse momento que será levado em conta o cálculo da indenização. Ocorre que depois de declarada a utilidade pública de um bem pode acontecer que realizem benfeitorias neste. As benfeitorias necessárias sempre são indenizáveis, as benfeitorias voluptuárias não serão nunca e as benfeitorias úteis serão indenizadas desde que hajam sido autorizadas pelo poder competente. Deve-se entender por benfeitoria única e exclusivamente os melhoramentos e conservação feitos em acréscimo ao já existente. Note-se que a palavra vai tomada em sentido estrito, técnico. Por esta razão não se confundem com benfeitorias as edificações feitas no imóvel nu.⁵⁴

No artigo 7º do Decreto-lei nº 3.365;41, temos o direito de penetrar no imóvel, que não se confunde com a posse. Versa o artigo “declarada a utilidade

⁵³ DI PIETRO, M. S. Z. Idem. P. 159.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO. C. A. Obra citada. P. 737

pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial. Àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal". É evidente, que, em respeito a inviolabilidade do domicílio, embora o dispositivo citado não preveja isso, se o proprietário não concordar com a entrada do expropriante em seu imóvel, terá que ser requerida autorização judicial, vedada a entrada compulsória. A lei referente a desapropriação para fins de reforma agrária já prevê a necessidade de autorização judicial, em consonância com o art. 5º, XI da CF.⁵⁵

A Lei das Desapropriações, em seu artigo décimo, refere-se ao prazo de caducidade, determinando que a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de cinco anos, estes contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. A desapropriação por interesse social tem o prazo de caducidade em dois anos. O mesmo dispositivo, no caso de utilidade pública, determina que "decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração." Já no caso de desapropriação por interesse social, o prazo é a partir da decretação da medida, como diz o art. 3 da Lei nº 4.132 de 62. Essa caducidade, porém, refere-se também às providências de aproveitamento do bem expropriado, diferindo-se do Decreto-lei 3.365/41, que não estabelece nenhum prazo para utilização do bem que foi desapropriado. Além dessa diferença, o dispositivo não estabelece período de carência para a renovação da declaração. Assim sendo, segundo o STF, ocorre a caducidade do direito.⁵⁶

Na desapropriação prevista para reforma agrária, o prazo de caducidade estabelecido pelo art. 3º da Lei Complementar 76 de 93 é de dois

⁵⁵ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. P. 159

⁵⁶ RDA 164;367

anos. Já para desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana, da Lei nº 10.257 de 2001 e a expropriação de terras onde se cultivam plantas psicotrópicas, na Lei nº 8.257 de 91, não há previsão sobre prazo de caducidade do decreto.

Quanto a indenização, prevista no art. 5º, XXIV da Constituição, seria aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, deixando o expropriado absolutamente indenizado, sem prejuízo algum em seu patrimônio. Segundo BANDEIRA DE MELLO “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.”.⁵⁷

Trata-se de uma forma de buscar equilíbrio entre o interesse público e o privado, o particular perde a propriedade e, como compensação, recebe o valor correspondente em dinheiro. Ocorre uma conversão de valores patrimoniais. É um direito de natureza pública, como já visto, embasado na Constituição, tendo que ser prévia, justa e em dinheiro, salvo algumas hipóteses.

Para que a indenização se configure da forma antes exposta, deve-se incluir os juros moratórios, juros compensatórios, correção monetária, honorários advocatícios e outras despesas. Os juros moratórios referem-se aos devidos pelo Poder Público pela demora no pagamento da indenização ao expropriado. Juros compensatórios ocorrem no caso de ter havido imissão provisória na posse, computando-se a partir dessa imissão.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada. 740

2.4. Desapropriação por Zona

2.4.1 Conceito

Trata-se do disposto no artigo 4º do Decreto-lei nº 3.365/41, sendo uma modalidade de desapropriação por utilidade pública. É também chamada de desapropriação extensiva.

Consiste na desapropriação de uma área maior que a necessária à realização de uma obra ou serviço, abrangendo uma área contígua a ela, tendo em vista ou reservá-la para ulterior desenvolvimento da obra ou vendê-la, a fim de absorver a valorização extraordinária que receberá em decorrência da própria execução do projeto. Isso se destina a impedir que particular seja favorecido em face da coletividade.⁵⁸

Os casos mais típicos dessa modalidade de desapropriação ocorrem nos casos de alargamentos de ruas, avenidas, alamedas e praças, tal como em trabalhos de irrigação, saneamento, abertura de estradas, entre outros. Podemos denominar as áreas diretamente atingidas pela desapropriação como sacrificadas, enquanto as áreas adjacentes, que ficam supervalorizadas devido ao melhoramento, podemos chamar de áreas beneficiadas.⁵⁹

2.4.2. Do direito comparado

A desapropriação extensiva, ou desapropriação por zona não é exclusiva de nosso direito pátrio, existindo no direito inglês, no direito francês, no direito italiano e em outros sistemas jurídicos.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra Citada. P. 745

⁵⁹ CRETELLA JUNIOR, Obra Citada. P. 159

No direito positivo italiano, que se reflete nas obras de doutrina, revela-se a aceitação da desapropriação por zona, ou seja, a intervenção do poder público expropriante nas zonas contíguas aos trabalhos e obras que serão realizadas. É bem de ver que, além dos bens necessários à construção da obra, é oportuno estender a desapropriação também às porções contíguas de terreno de uma certa zona, destinada a obras privadas, cuja construção contribua para a melhor consecução dos fins públicos da obra principal. As aplicações mais comuns são vistas nas construções de novos quarteirões urbanos. Demonstrou-se oportuno desapropriar, além do terreno necessário à formação das novas estradas, também os terrenos laterais a essas estradas, dentro de certa faixa, com o fim de assegurar a construção dos edifícios indispensáveis à integração do novo quarteirão.⁶⁰

Na França, conhece-se o estudo da desapropriação por zona desde o começo do século. A lei atual permite atingir todas as superfícies consideradas necessárias para dar às obras seu pleno valor imediato ou futuro. Em outros termos, a desapropriação recai sobre toda zona de terrenos necessários para que o trabalho projetado se desenvolva plenamente. Denomina-se desapropriação por zona.⁶¹

Define-se na França, pela doutrina, que a desapropriação por zona é toda a extensão da desapropriação a imóveis situados fora do perímetro das obras projetadas, mas contidos no perímetro afetado pela operação de natureza viária, com todas as conseqüências de salubridade pública, de estética e de mais valia.⁶²

Na doutrina argentina, Alcides Grecca diz que o Município pode desapropriar vasta extensão de terra dentro da cidade para transformá-la em

⁶⁰ ZANOBINI, Guido, **Corso di diritto amministrativo**. P. 191

⁶¹ ROLLAND, Louis. **Précis de droit administratif**. P. 506

⁶² HAURIOU. **Précis de droit administratif**, 11^o Ed. 1927. P. 730, citado por CRETELLA JÚNIOR, **Tratado Geral de Desapropriação**: parte administrativa. P. 146

bairro familiar, comercial ou centro cívico, vendendo as pequenas parcelas às pessoas que desejam habitá-lo. Este é o único procedimento viável, para chegar-se à urbanização, desde que o Município venha a se ressarcir das indenizações, sempre custosas com a *plus valia* dos terrenos desapropriados. Para não se chegar à desapropriação por zona, deve aplicar-se o imposto de mais valia ou a contribuição de melhoria..⁶³

Da obra de Roger Bonnard extraímos:

Quando uma desapropriação é feita para a execução de uma obra pública, pode-se desapropriar não só o terreno necessário à obra projetada como também a zona limítrofe, para objetivar um dos três fins seguintes: a) estabelecer instalações relacionadas com a obra e que lhe aumentem ou facilitem o uso e o rendimento, tais como, num porto, armazéns ou entrepostos para mercadorias, que serão alugados ou revendidos para particulares; b) construir prédios salubres ou estéticos, que tenham em vista especialmente os trabalhos das vias de comunicações; c) revender os terrenos quando a obra tiver trazido uma *plus valia*, de modo que o patrimônio administrativo se beneficie com esse acréscimo e a fim de evitar cobrar dos particulares indenizações dessa *mais valia*.⁶⁴

Essa “indenização da mais valia” pode ser compreendida em nosso ordenamento jurídico como o tributo da contribuição de melhoria, o qual compararemos adiante com a figura da desapropriação por zona para posterior revenda.

2.4.3. Definição de área contígua

Área contigua significa área confrontante, ligada à principal. Caso haja algum espaçamento entre as duas áreas, não se caracteriza mais área contígua. Esta está incluída no perímetro delimitado pela lei. Alguns

⁶³ GRECCA, Alcides. **Derecho y ciência de La administración municipal**. P. 71, citado por CRETELLA JÚNIOR, **Tratado Geral de Desapropriação**: parte administrativa. P. 147

⁶⁴ BONNARD, Roger, **Précis de droit administratif** 1935, P. 452, citado por CRETELLA JÚNIOR, **Tratado Geral de Desapropriação**: parte administrativa. P. 146

doutrinadores consideram área contígua apenas aquela que será utilizada posteriormente para desenvolvimento da obra principal. Enfim, separam a figura da área de desapropriação para posterior revenda da nomeação de área contígua. A lei, portanto, deve ser interpretada nessa seara conforme parte da doutrina.

Segundo HARADA:

área contígua nada mais é do que aquela abrangida pela lei que aprovou o melhoramento público, não se confundindo com aquela destinada a revenda. É nesse sentido que deve ser interpretada a primeira parte do art. 4º do Decreto-lei nº 3.365/41. Incorreto, portanto, aludir-se à desapropriação de área contígua como sendo aquela não necessária à implantação do melhoramento público.⁶⁵

Mostra-nos o dispositivo legal:

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.

É necessária uma limitação e definição correta do bem expropriado, que sairá do patrimônio do particular, no procedimento expropriatório, para integrar o patrimônio no Estado. O Estado deve expropriar somente aquilo que necessita, sendo que o contrário disso é desvirtuar a própria natureza do instituto.

Como “consequência da realização do serviço” devemos entender no sentido de que a valorização será função direta do fim contido na desapropriação, por que poderia ocorrer que, por outros trabalhos preliminares do procedimento expropriatório, se descubram fontes termais, por exemplo, ou

⁶⁵ HARADA. K. Obra citada. P. 248

minérios, o que se refletiria sobre as áreas contíguas, mas não é consequência direta e imediata dos serviços que foram realizados.

Destarte, além da área necessária ao serviço ou à obra, nada impede que a desapropriação se estenda às áreas contíguas para reserva e revenda. Assim, três poderão ser as áreas objeto da desapropriação: a) a necessária à obra ou ao serviço; b) a destinada ao prosseguimento da obra ou serviço; c) a reservada para revenda. O *leading case* brasileiro ocorreu no antigo Distrito Federal, hoje Estado do Rio de Janeiro, quando se optou, na abertura da Avenida Presidente Vargas, pela desapropriação por zona. Na ocasião, foram desapropriadas, além da faixa necessária à avenida propriamente dita, duas outras faixas que lhe eram laterais. Os lotes dessas duas faixas, uma vez parceladas, foram vendidos. Por esse mecanismo financiou-se todo o investimento público e impediu-se que os proprietários lindeiros absorvessem a mais-valia decorrente da urbanização.⁶⁶

2.4.4 Dos fundamentos

A desapropriação extensiva, por abranger uma área contígua, além do imóvel necessário, possui fundamento para tanto. Segundo CRETELLA JR., é duplo :“por um lado, visa a permitir a realização integral e satisfatória dos planos de obras públicas, de outro, serve para facilitar, pela revenda dos terrenos assim adquiridos, a amortização das vultuosas quantias nelas despendidas pelo Estado”⁶⁷.

⁶⁶ GASPARINI, D. Obra citada. P. 661.

⁶⁷ CRETELLA JUNIOR, J. Obra citada. P. 148.

Trata-se de um caso peculiar, pois há a hipótese do bem ser vendido posteriormente para particular, em decorrência da sua valorização. O bem não é expropriado para integrar o patrimônio público, mas sim para ser revendido com lucro, depois de concluída a obra que valorizou o imóvel. Em todo caso, como dispõe a lei, a declaração de utilidade pública deverá especificar a área que será utilizada na obra ou serviço e qual aquela se destina a revenda, de acordo com a valorização extraordinária, ou para ulterior desenvolvimento da obra.⁶⁸

Podemos considerar a desapropriação por zona ou desapropriação extensiva como uma verdadeira exceção, pois a desapropriação deve abranger estritamente os bens indispensáveis às finalidades imediatas do Estado.

Como retro examinado, nos ensinamentos de HARADA, não se denomina de área contígua àquela que será posteriormente vendida, sendo essa apenas as áreas que ulteriormente serão usadas para a obra principal. Isso se deve a impossibilidade, segundo o autor, de melhoramento de grande porte em curto espaço de tempo e definição precisa do tamanho do terreno a ser utilizado, sendo que esses melhoramentos vão sendo executados paulatinamente, consumindo, por vezes, vários anos e abrangendo, inclusive, várias administrações. Vão sendo desapropriadas as respectivas áreas, editando-se a declaração expropriatória por trechos. Declarar utilidade pública de todo o setor abrangido pelo melhoramento, sem nenhuma previsão da execução imediata da obra, seria correr o risco de acarretar a caducidade do ato declaratório.⁶⁹

Há exemplos de abandono de várias obras iniciadas em uma administração anterior, havendo o caráter de urgência para fins de imissão provisória da posse, nos limites das áreas necessárias à execução e

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. P. 747

⁶⁹ HARADA, K. Obra Citada. P. 76

inauguração de obras, dentro do período de cada administração. Temos que lembrar, também, que desapropriar áreas extensas de imediato para execução de obras ao longo dos anos não atenderia ao interesse público. Há a possibilidade fática, ainda, das áreas imitidas na posse e não ocupadas imediatamente serem invadidas por terceiros, dificultando a realização da obra.⁷⁰

O efeito é parecido com o da contribuição de melhoria (Art. 145, III, da Constituição)⁷¹ para o poder público. Nas duas hipótese o imóvel experimenta extraordinária valorização em decorrência das obras públicas. Segundo DI PIETRO “o poder público pode simplesmente cobrar a contribuição de melhoria ou desapropriar, antes da realização da obra, a área contígua que será valorizada, para revendê-la após o término da obra” beneficiando-se com a diferença entre o preço da aquisição e o da revenda.

2.4.5 Da desapropriação para posterior revenda

Não há o menor problema no caso da área ser usada para ulterior desenvolvimento da obra, porém há uma controvérsia doutrinária quando ela for destinada à revenda das áreas que se valorizarão em consequência da obra, como já explicado, para não haver o enriquecimento do particular em face da coletividade e também para ajudar no custeio da obra.

Há alguns autores que reputam inconstitucionalidade no caso citado, quando destinada à revenda das áreas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da obra. Há duas razões para tal ocorrência. Primeiro, é que

⁷⁰ HARADA, K. *Idem, ibidem*

⁷¹ “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:... III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

a própria Constituição prevê, em seu art. 145. III a contribuição de melhoria, concebida para captar a valorização obtida à custa da obra. Seria, então, este o instituto idôneo para absorvê-la. Segundo, que se o Poder Público tem um meio para atingir o objetivo da causa, não pode se valer de outro que imponha ao administrado gravames maiores (que nesse caso é a perda de propriedade) que os necessários para alcançar o fim que lhe serve de justificativa.⁷²

Há como argumento, também, o caráter especulativo a ela inerente, fugindo aos pressupostos constitucionais do instituto, enquanto outros a consideram válida, como sucedâneo da contribuição de melhoria.

O fato é que essa modalidade vem sendo aceita em sua totalidade nos tribunais brasileiros, inclusive pelo STF que, em acórdão relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro (RTJ 56/550), concluiu que “é lícito ao poder expropriante – não expropriar para satisfazer os interesses de particulares – mas ao interesse público, sem limitações, inclusive para auferir, da revenda de terrenos, um proveito que comporte e financie a execução da obra pretendida”.⁷³

Porém, a jurisprudência não enfrentou diretamente essa questão de desapropriação fundada no art. 4º; existindo apenas acórdãos relativos às desapropriações para revenda ou doação a particulares em casos isolados. Outrossim, o STF decidiu que é inconstitucional a lei que autoriza desapropriação para fim de revenda a particulares, pelo preço correspondente à indenização e com garantia de financiamento da Caixa Econômica Federal.⁷⁴

Houve também declaração de inconstitucionalidade de lei que autorizava a desapropriação de imóveis a serem doados à entidades de direito privado, declarada de utilidade pública, a fim de lhe fazer de sede.⁷⁵ Anulou-

⁷² BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada. P. 748.

⁷³ DI PIETRO, M. S. Z. P. 175.

⁷⁴ RE 103.878 – RJ, Relator Min. Octávio Gallotti, DJ de 22-5-87, p. 9.757

⁷⁵ RTJ 72/479

se, finalmente, decreto municipal declaratório de utilidade pública prevendo desapropriação de áreas para ampliação do Parque Industrial do Município, com doação do lote do bem expropriado a empresas particulares para construção de conjuntos habitacionais.⁷⁶

Temos que salientar que não pode haver desapropriação indesejada pelo expropriante. O Poder Público não é agente explorador de imóveis com objetivos de especulação, logo desapropria-se somente a área para a implantação do melhoramento público. Portanto, havendo erro na medição de área ou algum outro vício que contribua para que seja expropriada uma área maior do que a necessária para o melhoramento, caracterizando-se como um excedente, pode o poder público alienar tal parcela não utilizada, desde que seja a venda subordinada a interesse público e que cumpra os trâmites legais e administrativos. Tratando-se de venda a proprietário lindeiro, a licitação é dispensável. Assim sendo, não existe problemas legais se cumpridos os objetivos que motivaram tal ato, sendo pacífica a jurisprudência quanto à legalidade e constitucionalidade dessas alienações.⁷⁷

Não se confunde o caso de desapropriação citado para revenda com o disposto no art 5º, letra i, do Decreto-lei nº 3.365/41, sendo essa uma desapropriação por utilidade pública visando ao loteamento para melhor utilização econômica, higiênica ou estética. Os casos de desapropriação por interesse social, regulados pela Lei nº 4.132/62, também implicam alienação posterior, porém foge dos limites dos objetivos em que esse trabalho se propõe a cumprir, por se tratar de outra modalidade.

A questão de inconstitucionalidade dessa figura se torna delineada quando verificamos que a contribuição de melhoria, a qual é fundada no

⁷⁶ RE 93.308-PR, Relator Min. Neri da Silveira, DJ de 11-10-85. No mesmo sentido: RTJ 72/435.

⁷⁷ RTJ 46;550, RT 286;458, RT 334;118

princípio de isonomia⁷⁸, é um instrumento tributário outorgado pela carta máxima com o específico objetivo de o Estado absorver a mais-valia decorrente da implantação da obra pública.⁷⁹

2.4.6 Desapropriação por zona e contribuição de melhoria

A desapropriação por zona tem como um de seus fundamentos, quando para posterior revenda, o princípio que veda o enriquecimento sem causa. Isso aconteceria por que alguns proprietários seriam muito beneficiados com a implantação do melhoramento público que foi feito com recursos advindos da sociedade como um todo. Daí surge, como já visto, a distribuição dessa mais valia. Ocorre que temos a figura de contribuição de melhoria agindo no mesmo sentido e com propósitos semelhantes, conduzindo ao mesmo resultado.

Sustentam alguns autores que esse tipo de desapropriação tornou-se inconstitucional a partir do advento da Constituição Federal de 1946, que expressamente contemplou a contribuição de melhoria, que tem por fato gerador exatamente a valorização imobiliária decorrente na execução de obra

⁷⁸ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. P. 209. “A afirmação do art. 1º da Declaração do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Mas aí firmara a igualdade jurídica-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, por que fundada numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea. Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-la-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzido no art. 7º XXX e XXXI.”

⁷⁹ Permite a Constituição Federal que as pessoas políticas de direito constitucional interno – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – além dos impostos que lhe foram outorgados e das taxas previstas no art. 145, II, instituam contribuição de melhoria, arrecadadas dos proprietários de imóveis beneficiados por obras públicas.

pública. Ressalva-se que quando foi editada a lei que regula a desapropriação por zona, não havia essa figura do direito tributário.

Trata-se, todavia, de uma matéria controvertida. Alguns autores, mesmo após o advento da lei que rege a contribuição de melhoria, sustentam a subsistência da desapropriação por zona como instrumento alternativo do Poder Público, que poderia lançar mão da contribuição de melhoria. Isso é possível na medida em que o exercício da competência tributária não é obrigatório, podendo o governante pode se omitir de cobrar tal tributo em função das obras que vem executando, o que convenhamos, no Brasil é algo realmente muito freqüente.⁸⁰

Para Geraldo Ataliba, podemos ter a desapropriação por zona como uma alternativa a cobrança de contribuição de melhoria. Nota-se que tal figura foi suprimida da Constituição Federal de 1937, porém ela estava prevista na Constituição Federal anterior, de 1934, em seu art. 124, o que segundo o autor não implicou a eliminação desse tributo, sendo mantido então como uma subespécie de taxa.⁸¹

Ao que entendemos dos ensinamentos de BANDEIRA DE MELLO, este reputa inconstitucional tal modalidade de desapropriação ao invés da contribuição de melhoria em face da ulterior valorização da obra, quando diz:

a própria Constituição prevê, em seu art. 145, a contribuição de melhoria, concebida para captar a valorização obtida às custas da obra pública. Este é, então, o instituto idôneo para absorvê-la.

Completa, ainda

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 de propriedade) que os

⁸⁰ HARADA, K, Obra Citada. P. 81

⁸¹ ATALIBA, Geraldo. **Natureza jurídica da contribuição de melhoria**. P. 64

necessários para alcançar o fim que lhe serve de justificativa (recolher a valorização extraordinária).⁸²

Seabra Fagundes defende esse tipo de desapropriação ao afirmar que “agindo como um 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.”⁸³

PONTES DE MIRANDA não admite a desapropriação para o fim de revenda, sendo que em seu entendimento “não há desapropriação porque o bem convenha à Fazenda Pública, por que aí se trata de interesse privado da União, do Estado-membro, ou do Município.”⁸⁴

BALEIRO é adepto da tese que admite a opção do Poder Público entre escolher a contribuição de melhoria ou a desapropriação por zona, que ele chama de *excess condemnation*, Ele critica esse instituto e a contribuição de melhoria, por obrigar o governo a um investimento enorme, com resultados aleatórios, além de, segundo o autor, “envolver necessariamente especulação imobiliária, que exige da Administração faro comercial, o espírito de aventura e o ânimo de assumir o risco, enfim, as qualidades boas e más de quem se entrega a esse gênero de negócio”.

Da obra de JUSTEN FILHO, percebemos que não há problemas, segundo o autor, na escolha da contribuição de melhoria “não se afigura que a previsão constitucional da contribuição de melhoria seja obstáculo à desapropriação por zona.”⁸⁵, ressaltando o retro-citado de que o Poder Público não é obrigado a preferir a via tributária, não sendo esta, apesar de prevista

⁸² BANDEIRA DE MELLO. C. A. Obra Citada. P. 733

⁸³ FAGUNDES, Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. P. 46

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. V. 14.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada. P. 543.

constitucionalmente, excludente de outras soluções. Ainda acrescenta “a desapropriação por zona produz não apenas a transferência ao Estado da mais valia gerada por obras públicas, mas também propicia atuação mais ampla sobre regiões em que se implantam novos projetos.”.

Segundo HARADA⁸⁶, para melhor analisarmos essa tese de alternatividade, que nos parece o maior consenso entre a doutrina, temos que examinar os fundamentos da contribuição de melhoria. Ao que o autor analisa, esse tributo não repousa no princípio que veda o enriquecimento sem causa, também conhecido como enriquecimento ilícito. Não parece válido que a valorização decorrente de obra pública implique enriquecimento ilícito se seu beneficiário não concorreu para a obtenção de seu resultado. A figura de enriquecimento sem causa também não nos parece válida, pois a mais-valia tem uma causa, no caso decorre diretamente da atuação estatal consistente na implantação do melhoramento público que, assim, passa a ser a causa imediata da valorização do imóvel vizinho.⁸⁷

A contribuição de melhoria tem seu fundamento no princípio da isonomia, onde encontramos a matriz no art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual todos são iguais perante a lei. O princípio faz com que todos aqueles que se beneficiarão pela obra pública paguem tributo, que se reverterá em favor da sociedade como um todo. Portanto, essa mais-valia será redistribuída à sociedade que, em última análise, financiou a obra pública que, através de seu efeito secundário, acarretou a valorização excessiva da propriedade de alguns dos membros da comunidade.

Segundo a teoria do filtro, o Estado não consome os produtos da arrecadação tributária, mas redistribui à sociedade em termos de obras e

⁸⁶ HARADA, K. Obra citada. P. 82.

⁸⁷ HARADA, K. *Idem ibidem*.

serviços. Necessariamente, então, estando a tributação sob o regime da legalidade, vincula-se o tributo ao princípio da isonomia.⁸⁸

Roque Antônio Carrazza lamenta que na prática não tem havido, no Brasil, tributação por meio de contribuição de melhoria. Segundo o autor, em países onde tal tributo é regularmente cobrado, a especulação imobiliária diminuiu sensivelmente. Nenhuma pessoa adquire imóvel localizado em zona periférica com o fito exclusivo de, com as obras públicas, locupletar-se às expensas da comunidade que as custeia. De outro lado, a cobrança de tal contribuição aumenta a arrecadação estatal e novas obras públicas podem ser financiadas. O princípio informador da contribuição de melhoria é o da proporcionalidade ao benefício especial recebido por uma pessoa, em decorrência da obra pública realizada. A obra pública beneficia a comunidade como um todo, porém não é raro que ela beneficie de modo especial os proprietários dos imóveis contíguos. A contribuição de melhoria deverá ser cobrada na proporção do especial benefício que causou.⁸⁹

2.4.5. Exame acerca da constitucionalidade

A tese de alternatividade a qual os autores supracitados se referem só pode ser colocada em prática nas hipóteses as quais a desapropriação por zona não ofender nenhuma norma constitucional. Quanto a constitucionalidade da contribuição de melhoria, não nos resta dúvidas de que nos casos de valorização extraordinária, decorrente de obras públicas, está corretíssimo. A Administração pode e em nosso ver deve cobrar esse tributo que se mostra justo para a sociedade em geral. A jurisprudência tem se inclinado para a tese

⁸⁸ HARADA, K. Idem, P.83.

⁸⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. P. 548

que nega a compensação da indenização com a valorização da área remanescente, remetendo ao Poder Público o exercício de sua competência.

Segundo HARADA:

correta e justa mostra-se a jurisprudência, nesse caso, ao impedir que apenas a mais-valia do desapropriado seja atingida por via da compensação da indenização a qual faz jus, deixando os não abrangidos pelo ato expropriatório, mas igualmente beneficiados pela valorização acarretada pela obra pública, permaneçam intocáveis.

Assim impõe-se a tributação de todos os proprietários que tiverem os imóveis valorizados em decorrência da execução da obra pública, sob o princípio constitucional da isonomia. Na ordem jurídica anterior firmava-se a diretriz expressa de que o montante exigido não poderia exceder o valor total da obra realizada. Havia duas espécies de limite, um total, da importância final da obra e outro individual, onde não se poderia cobrar de cada contribuinte quantia que superasse o acréscimo de valorização experimentado por seu imóvel. Atualmente, fixou-se apenas o limite global, graças a Emenda Constitucional n. 23, de 1.º de dezembro de 1983.

Hodiernamente a competência é colocada em termos amplos e genéricos, bastando que a obra pública acarrete melhoria dos imóveis circunvizinhos e a lei estabelecerá de que modo, dentro de que limites e debaixo de que condições específicas a contribuição de melhoria poderá ser criada. Nos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, em relação a contribuição de melhoria:

Convém esclarecer que, se as taxas pressupõem serviços públicos ou o exercício do poder de polícia, as contribuições de melhoria levam em conta a realização de obra pública que, uma vez concretizada, determine a valorização dos imóveis circunvizinhos. A efetivação da obra pública por si só não é suficiente. Impõe-se um fator exógeno que, acrescentado à atuação do Estado, complemente a descrição factual. E a valorização imobiliária nem sempre é corolário da realização de obras públicas. Muitas há que, sobre acarretarem incremento de valor nos imóveis adjacentes, até colaboram para a diminuição de seu preço de mercado. Por isso, do crescimento valorativo que o imóvel experimente, em razão da obra

efetuada pelo Estado, quer o direito positivo brasileiro que seu proprietário colabore com o Erário, pagando a chamada contribuição de melhoria.⁹⁰

Dizemos que contribuição de melhoria é um tributo vinculado a uma atuação do Poder Público, porém indiretamente referido ao obrigado, sendo que em comparação com as taxas, que também são tributos vinculados a uma atuação do Estado, se distingue pelos pontos de que se pressupõe uma obra pública e não um serviço público e dependem de um fator intermediário, que é a direta valorização do bem imóvel em decorrência daquela. Ao examinarmos a constitucionalidade da desapropriação por zona, HARADA transparece reputá-la. A partir do advento da Carta Magna de 1946 considera-se tal figura inconstitucional. A desapropriação não pode ser utilizada fora das hipóteses constitucionais previstas sob pena de ferir os direitos e garantias individuais, que se inserem nas chamadas cláusulas pétreas.

Temos em nossa constituição o ideal de justiça social, e para atingi-lo, aponta-se para a necessidade de redistribuir a mais-valia por toda a sociedade, sendo que nossa Carta Magna nos dá o instrumento tributário adequado para tal missão, no caso a contribuição de melhoria.

Não nos esqueçamos que a desapropriação só cabe para que possamos atingir o interesse público, este representado por necessidade ou utilidade pública, interesse social, interesse social para fins de reforma agrária, interesse urbanístico ou interesse na eliminação de propriedade nociva à coletividade.

A desapropriação da área que vai valorizar-se com o melhoramento público, para ulterior revenda não parece algo que vá satisfazer o interesse público, tampouco beneficiar a coletividade de alguma forma, na espécie de utilidade pública que está no quarto artigo da lei cujo esse trabalho comenta.

⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. P. 42.

Ainda que com o propósito de ressarcir as despesas feitas com a obra pública, fica óbvio o propósito do lucro, transparecendo esse intuito claramente. Como já vimos, reconhece-se que o Poder Público terá que agir como um especulador imobiliário, ter faro comercial e arcar com os riscos do empreendimento, noções próprias de atividade econômica privada. Ocorre que a atividade especulativa deixa de constituir caso de utilidade pública autorizadora de desapropriação, além de ser vedada pela Carta Política.⁹¹

Embora a matéria, segundo HARADA, não possa ser tratada à luz de princípios que regem o direito privado, é curioso notar, exatamente, que os autores que mais acentuam o caráter público da desapropriação embasam-se em afirmativas próprias dos civilistas, como por exemplo, a necessidade do Poder Público ressarcir-se das despesas feitas com a obra pública e até mesmo a exigência de faro comercial da Administração.⁹²

É permitido por nossa Carta Magna apenas a exploração de atividade econômica pelo Estado em situações de caráter de exceção, como quando necessária a imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. As empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, incluindo obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

A desapropriação por zona está longe de constituir alguma das hipóteses elencadas no art. 173 da Constituição Federal que permite a exploração de atividade econômica pelo Estado. O art. 174 confere à União, Estados e Municípios o poder de intervir no domínio econômico atribuindo-lhes as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, porém nenhuma dessas atividades justifica atividade especulativa por parte do Poder Público. Ainda,

⁹¹ HARADA, K. Obra Citada. P. 84.

⁹² HARADA, K. Idem, P. 85.

nos ensina HARADA que tal atividade do estado “destruiria o regime econômico da livre concorrência, pois o Poder Público dispõe de prerrogativas e privilégios que os particulares não têm.”.⁹³

O argumento tanto bradado por parte da doutrina de que a desapropriação para revenda visa gerar recursos necessários para implantação do melhoramento na área necessária, desapropriada para esse fim, não é válido ao ver de HARADA. Isso é mostrado nos exames dos textos constitucionais, que apontam 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. Tais despesas públicas tem fonte nas receitas públicas, que se compõem de receita tributária, de receita creditícia e de receita originária, sendo esta última auferida pelo Estado no desempenho de suas atividades econômicas tão somente nos estritos limites constitucionais, o que já afasta a atividade especulativa do Poder Público. HARADA nos exemplifica bem a questão:

não é dado ao Poder Público gerar receitas originárias extrapolando os limites constitucionais do art. 173, ainda que para financiar execução de obra de indiscutível interesse público. Do contrário, amanhã o Estado poderia 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.⁹⁴

O uso indevido dos instrumentos outorgados pela nossa Constituição às entidades componentes do Estado caracteriza-se como desvio de poder. Não poderia, por exemplo, o Município conferir progressividade ao Imposto Predial e Territorial Urbano, invocando o poder regulatório para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade se o instrumento tributário

⁹³ HARADA, K. *Idem, ibidem.*

⁹⁴ HARADA, K. *Idem.* P. 86

nada estiver regulando, mas representando mera exacerbação fiscal para aumentar a receita do Município.

HARADA conclui que o art. 4º do Decreto-lei nº 3.365 é inconstitucional na parte em que faculta a desapropriação por zona para fins de revenda. Isso se deve ao fato de tal instituto envolver atividade especulativa do Estado, no reconhecimento da maior parte da doutrina, não tendo enquadramento com os casos de utilidade pública. É ausente também o relevante interesse público, que não se confunde com interesse privado da entidade política, faltando o fundamento constitucional que venha a permitir a excepcional retirada da propriedade privada.

2.5 RETROCESSÃO

2.5.1 Conceito e aspectos gerais

Trata-se de outra questão polêmica no que tange o tema de desapropriação, gerando controvérsia doutrinária, especialmente antes da publicação do Código Civil de 2002.

Retrocessão é o direito que tem o expropriado de exigir de volta o seu imóvel caso o mesmo não tenha o destino para que se desapropriou. Evidentemente, se o expropriante deixa de lhe atribuir uma finalidade pública, a desapropriação perde razão de existir, reconhecendo-se ao expropriado um direito a uma satisfação jurídica pelo fato. Tal interesse público se desdobra em necessidade ou utilidade pública, interesse social para fins de reforma agrária,

interesse urbanístico e abolição de gleba nociva a sociedade. Sem isso, passa a inexistir o vínculo entre sacrifício suportado pelo particular e o interesse público invocado como razão de desapropriar.

Caberá ao Judiciário verificar se determinado ato expropriatório tem ou não amparo nas hipóteses legais exteriorizadoras do interesse público, sendo bem diferente do exame de oportunidade e conveniência daquele ato.

A retrocessão não constitui criação do direito pátrio, tampouco teve origem na antiguidade clássica. Não nos subministrando os romanos preceitos de maior valia em matéria de desapropriação, natural é que se omitissem também a respeito de um dos seus aspectos. No direito romano não aparece vestígio nenhum do direito da retrocessão ou preempção. O que se praticava em Roma era, menos que uma expropriação, uma venda forçada; o proprietário não parecia ter senão um único direito; o de receber a soma que lhe era outorgada como indenização.

Com a queda do Império romano do ocidente e o começo da era medieval, ainda mais rasas se tornaram as fontes legislativas nesse particular. Somente na segunda metade do século XIX é que tal concepção tomou corpo, vindo a ser contemplado no Capítulo VII, Título I, da lei italiana de 25 de junho de 1865 o *diritto Allá retrocessione dei Beni expropriati*.⁹⁵

Quando se é efetivada uma desapropriação, o Poder Público deve aplicar o bem, por tal modo adquirido, à finalidade pública que suscitou o desencadeamento de sua força expropriatória. Caso isso não ocorra, recaímos em uma figura denominada “tredestinação”. Isso consiste em destinação desconforme com o plano inicialmente previsto, podendo ainda ser distinguida em tredestinação lícita, quando o interesse público persiste, porém o expropriante dispensa destino diverso ao bem desapropriado do que planejara do início, e tredestinação ilícita, que é quando o Poder Público vem a transferir

⁹⁵ MAGALHAES, Roberto Barcellos de. **Teoria e prática da desapropriação no direito brasileiro**. P. 280

a terceiros o bem desapropriado, ou pratica desvio de finalidade ao permitir que alguém venha a se beneficiar de sua utilização.⁹⁶

Atualmente, está pacífica na jurisprudência a tese de que o expropriado não pode fazer valer o seu direito caso o expropriante dê ao imóvel uma destinação pública, porém diversa daquela mencionada no ato expropriatório: “se desapropriado para uma específica finalidade for utilizado em outra finalidade pública, não há vício algum que enseje ao particular ação de retrocessão, considerando-se que, no caso, não teria havido obrigação do Poder Público de lhe oferecer o bem para reaquisição.⁹⁷ Ainda, o STF já decidiu que “não cabe o pedido de retrocessão quando a obra pública foi executada em sua parte substancial”.⁹⁸

Nos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA:

Se a coisa desapropriada foi empregada no que se alegara como causa da desapropriação, mas, depois, deixou de o ser, por surgir outra necessidade pública, ou utilidade pública, ou interesse social, tem o estado o ônus de o firmar e provar. O direito à reaquisição ocorre se não prova a afirmação, ou se há simulação. A opinião que pré-exclui o direito à restituição e a que o afirma, sem distinções, são de repelir-se. O princípio da economia admite que o Estado, em vez de fazer nova declaração de desapropriação e novo processo, objete. Nem sempre a trestinação (outro uso) implica nascer o direito à reaquisição.⁹⁹

Enfim, desde que se utilize o imóvel para um fim público, mesmo que o não especificado originariamente, não ocorre o direito de retrocessão. Este só é possível no citado caso da trestinação ilícita, onde ocorre o desvio de poder, como por exemplo, uma perseguição ou favoritismo a pessoas

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO. C. A. Obra Citada. P. 884

⁹⁷ STF, RDP 2/213 E 3/242; RDA 88/158 e 102/188

⁹⁸ RDA 72/192

⁹⁹ PONTES DE MIRANDA. F. C. Obra citada. P. 174-175

determinadas ou quando o imóvel é transferido a terceiros em hipóteses onde tal ato não seria possível.

2.5.2. A natureza do direito à retrocessão

Anteriormente, a Lei 1.021 de 26.08.1903 configurava a retrocessão indubitavelmente como direito real. O art. 2º, em seu parágrafo quarto dessa lei dispunha “Se por qualquer motivo não forem levadas a efeito as obras para as quais foi decretada a desapropriação, é permitido ao proprietário reaver o seu imóvel, restituindo a importância recebida, indenizando as benfeitorias que porventura tenham sido feitas e aumentando o valor do prédio”.

Ocorre que com o advento de futura legislação, muitos doutrinadores passaram a entender que a retrocessão é um direito pessoal. O antigo Código Civil, em seu art. 1.150 expressamente concebeu ao expropriado o direito de preempção ou preferência, direito, este, de natureza pessoal, resolúvel em perdas e danos, conforme a também expressa disposição do art. 1.156 do antigo código.

Estabelecia o art. 1.150 “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”. O art. 1.156 dispunha: “Responderá por perdas e danos o comprador, se ao vendedor não der ciência do preço e das vantagens, que lhe oferecem pela coisa”. Por último, o Decreto-lei 3.365 de 21.06.41, que ainda é o diploma básico sobre a desapropriação, dispõe claramente em seu 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 se resolverá em perdas e danos”.

Antes do Código Civil de 2002, havia três correntes, segundo DI PIETRO. A primeira entendia não mais existir no direito brasileiro a retrocessão como direito real de reivindicar o imóvel de volta, subsistindo apenas como direito pessoal de pleitear perdas e danos, com base no art. 1.150 do Código Civil de 1916. Esse era o pensamento de Hely Lopes Meirelles, Clóvis Beviláqua, Erbert Chamoun e era tese adotada em inúmeros acórdãos. Esse entendimento era baseado no fato de que o Decreto-lei nº 3.365 não prevê a retrocessão, como fazia a legislação anterior (Lei nº 1.021, de 1903), além de proibir a reivindicação de bem expropriado já incorporado a Fazenda Pública e determinar que qualquer ação sobre o imóvel, se julgada procedente se resolveria em perdas e danos. Resta, portanto, o direito de preferência e preempção, previsto no art. 1150 do Código Civil, de eficácia puramente obrigacional e não real, conforme decorre o art. 1.156 do mesmo Código.

BEVILÁQUA nos cita que:

O co-proprietário, por isso que perdeu o seu domínio, não tem o direito de reivindicação, que, erroneamente, se lhe reconhecia, anteriormente, mas, sim, o direito de preempção. O sistema do Código é mais conforme ao rigor dos princípios.

Ainda complementa, para nos confirmar o caráter pessoal:

Se a União, o Estado ou o Município não cumprir a sua obrigação de oferecer o bem ao ex-proprietário, no caso previsto pelo art. 1150, incorrerá em perdas e danos (art. 1156). Aliás, o ex-proprietário poderá tomar a iniciativa de fazer valer o seu destino para o qual foi desapropriado.¹⁰⁰

Já da obra de CHAMOUN, temos que o Estado, como proprietário:

¹⁰⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao Código Civil**. P. 257

Se desobedece aos fins da desapropriação e não oferece, em momento oportuno, a coisa ao expropriado, lesa direito pessoal desta, devendo-lhe, portanto, como ocorre nas lesões de direito dessa natureza, pagamento de indenização. A incorporação da coisa desapropriada ao patrimônio do expropriante é, assim, definitiva, independentemente de qualquer evento posterior, positivo ou negativo. A propriedade do expropriante, conseqüente a tal aquisição, é pura e simples, e não está subordinada a termo ou condição¹⁰¹

A outra corrente, a segunda em nosso plano, entendia que permanece a retrocessão como direito real, ou seja, como direito à reivindicação do imóvel expropriado; a essa corrente pertencem, entre outros, Seabra Fagundes, José Cretella Júnior¹⁰², Pontes de Miranda¹⁰³ além de outra parte da jurisprudência. Basicamente, essa corrente baseia-se no preceito constitucional que assegura o direito de propriedade e que só autoriza a desapropriação como alienação forçada que é, quando a medida seja adotada em benefício do interesse coletivo; se o bem não foi utilizado para qualquer fim público (necessidade pública, utilidade pública e interesse social), desaparece a justificativa para a alienação forçada, cabendo ao ex-proprietário o direito de reaver o bem pelo mesmo preço pelo qual foi expropriado. A norma 35 do Decreto-lei nº 3.365/41 somente é aplicável se a desapropriação atendeu aos requisitos constitucionais. Outro argumento de que se vale essa corrente, com algumas variações, é no sentido de que a norma do artigo 1.156 do Código Civil de 1916, que dava ao direito de preferência o caráter obrigacional, não se aplica à hipótese prevista no artigo 1.150 do mesmo Código, pois aquela pressupõe um contrato de compra e venda, em que haja cláusula da qual decorre uma obrigação para o comprador em face do vendedor, sendo essa obrigação de eficácia puramente pessoal. No que diz respeito ao artigo 1.150, estaria

¹⁰¹ CHAMOUN, Ebert, **Da retrocessão nas desapropriações**. P. 45-46

¹⁰² CRETELLA JUNIOR, J. **Comentário às leis de desapropriação**. P. 489

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA. F. C. **Tratado de direito privado**. P. 174-175

consagrando um direito de natureza real do expropriado frente ao expropriante. PONTES DE MIRANDA nos mostra “No direito brasileiro, a prelação convencional é de direito das obrigações, embora possa ser registrada: não se reivindica o bem que deveria ser restituído, em preempção.”¹⁰⁴

A terceira corrente enxergava na figura da retrocessão um direito de natureza mista (pessoal e real), cabendo ao expropriado a ação de preempção ou preferência, ou no caso, perdas e danos. É o pensamento de Roberto Barcelos de Magalhães, acompanhado por acórdão do STF.¹⁰⁵

Diz MAGALHÃES em sua obra:

No campo das divergências, é possível agrupar os juristas em três grupos....^{3º} Do autor desta obra, encarando a retrocessão como um direito de natureza mista (pessoal e real), posição eclética que o leva a restringir a retrocessão à hipótese única de despojar-se o Estado do bem desapropriado em favor de terceiro, valendo-se o expropriado da medida existente, qual seja a ação de preempção ou preferência, se não preferir, alternativamente, pedir perdas e danos.¹⁰⁶

A autora supracitada DI PIETRO é favorável à essa teoria da terceira corrente, de um suposto direito misto, a qual, segundo a autora, coaduna melhor com a proteção do direito da propriedade. A princípio, seria a retrocessão um direito real, podendo ocorrer, no entanto, que a devolução do imóvel tenha se tornada problemática em decorrência, por exemplo, da realização de benfeitorias, transferência a terceiros, de alterações nele introduzidas, nesse caso pode o ex-proprietário pleitear indenização, que corresponderá ao mesmo preço da desapropriação, devidamente corrigido, com alterações para mais ou para menos, conforme as melhorias ou deteriorações incidentes sobre o imóvel. A autoria ainda nos cita Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, na qual opinião:

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA. F. C. *Idem Ibidem*.

¹⁰⁵ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. P. 174

¹⁰⁶ MAGALHAES, Roberto Barcellos de. Obra citada. P. 276

pela retrocessão, firmada no direito à coisa, o expropriado readquire a propriedade de igual modo, pagando um justo preço. E este justo preço deve ser calculado, para o equilíbrio dos direitos, na base em que se calcula o justo preço nas desapropriações.¹⁰⁷

Percebemos que muitos doutrinadores lhe assinalaram caráter de direito pessoal, enquanto outros persistiram defendendo a natureza real do direito em apreço, isto é, o de readquirir o bem. Há um excelente recenseamento dos autores, fora os já citados, sobre suas posições no assunto debatido, que pode ser encontrada na obra de Sérgio Ferraz.¹⁰⁸

Até recentemente prevalecia o entendimento de que a retrocessão tinha natureza pessoal, isso se dava em jurisprudência torrencial e em doutrina, mas tal orientação dominante vem sendo revertida no próprio STF. Nas palavras de José Carlos de Moraes Salles, que é um dos defensores da retrocessão como direito real: “É, pois, com satisfação que vemos, agora, a mudança da orientação anterior do STF, cuja jurisprudência mais recente vem afirmando a natureza real do direito de retrocessão”.¹⁰⁹

O novo Código Civil dispõe em seu art. 519, reproduzindo mais ou menos o art. 1150 do antigo código:

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 o direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

Nota-se que não há a iniciativa de devolução prevista, assim como fazia o código anterior, mesmo por que, nos ensinamentos de HARADA “o Poder Público sempre resiste ao direito do ex-proprietário pela simples razão

¹⁰⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Desapropriação. P. 146.

¹⁰⁸ FERRAZ, SÉRGIO. Desapropriação – Indicações de Doutrina e Jurisprudência. P. 117-119.

¹⁰⁹ SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. P. 725.

de que nenhum administrador público confessa desvio de finalidade”. O novo Código Civil conferiu ao ex-proprietário a iniciativa da reincorporação do patrimônio expropriado, porém ampliou as limitações ao exercício do direito de preferência, como já visto, no caso de o poder público usar o bem para promoção de outra obra ou serviço público. Isto, inclusive, inclui hipóteses fora das definidoras de necessidade, utilidade pública e de interesse social. A nova redação também substituiu a espécie “imóvel” pelo gênero “coisa”, deixando clara a indiferença da espécie do bem para a retrocessão. A redação antiga, além de induzir em equívoco o intérprete quanto à possibilidade de retrocessão de bens móveis, ensejava dúvidas quanto ao efetivo valor a ser pago pelo ex-proprietário para obter de volta o imóvel expropriado.

Ressalta BACELLAR FILHO a importância do artigo referir-se ao “preço atual da coisa”. Isto exigirá uma avaliação no momento do exercício do direito de preferência, o que é mais justo porque o bem pode ter valorizado ou desvalorizado.¹¹⁰

O antigo código, no art. 1150, referia-se a “imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi”. A interpretação literal desse dispositivo poderia ensejar enriquecimento sem causa do expropriado. Prosperou-se, portanto, na doutrina e na jurisprudência, a tese da atualização monetária do valor pago a título de justa indenização, mediante aplicação dos índices oficiais.

Na opinião de GASPARINI a retrocessão “é um direito pessoal que proporciona ao expropriado tão só perdas e danos, caso o expropriante não lhe ofereça o bem quando desistir de utilizá-lo num fim de interesse público”¹¹¹. A essa teoria não interessa se o bem é móvel ou imóvel, pois se na lei expropriatória qualquer objeto pode ser desapropriado, tal qual ocorre na retrocessão.

¹¹⁰ BACELLAR FILHO, R. F. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. P. 150

¹¹¹ GASPARINI, D. Obra citada. P. 679.

Já HARADA nos proporciona o entendimento de que se trata de um direito real:

sem embargo das respeitáveis opiniões em contrário, entendemos tratar-se de direito real, quer porque a desapropriação configura uma exceção ao direito de propriedade assegurado pelo art. 5º, XXII, da Carta Magna, que elenca as hipóteses excepcionais, quer porque a redação conferida ao art. 1.150 do Código Civil de 1916, reproduzindo no art. 519 do Código Civil de 2002, não comporta outra interpretação, sendo absolutamente irrelevante sua situação topológica, sempre lembrada pelos defensores da tese oposta

Mesmo com o novo dispositivo legal, muitos doutrinadores ainda recusam o entendimento que a princípio contraria a Lei Magna, reputando impotente a invocação do art. 519 para arrimar entendimento diverso o direito ao retorno do bem ao expropriado.

Reconhece-se, todavia, que o direito do ex-proprietário de recuperar o bem expropriado e não afetado a destino público não significa que não lhe deva ser oferecido tal bem, tal como o art. 519 dispõe. Não significa que o expropriante esteja liberado do dever de afrontá-lo e também não significa que esteja isento da obrigação de pagar perdas e danos, como prevê atualmente o art. 518, caso viole tal dever. São disposições válidas constitucionalmente falando. Nos ensinamentos de BANDEIRA DE MELLO “Inconstitucional, isto, sim – o que já é outra coisa -, seria negar ao ex-proprietário o direito de retrocessão, isto é, o de reaver o bem, *sub color* de que, violada tal prelação, caber-lhe-ia unicamente direito a perdas e danos.”

Ao ver do autor, se houver violação do direito de preferência, o expropriado tanto poderá se valer do citado preceptivo, pleiteando perdas e danos, quanto, ao invés disto, optar pela ação de retrocessão.

Não poderia, a toda evidência, a pretensão simultânea dos dois direitos, pois são direitos excludentes, o desfrute de um exclui o exercício do outro. Há, simplesmente, dois direitos, alternativamente, postos à disposição do

expropriado. Um que lhe advém diretamente da Constituição, outro que lhe foi outorgado pelo Código Civil.

Como já visto, Roberto Barcellos de Magalhães¹¹², citado aqui na obra da autora que coaduna com a idéia, DI PIETRO¹¹³, pensam na hipótese de um direito misto. É a mesma opinião, também, do Ministro Antônio Neder¹¹⁴, no RE 81.151, julgado em 14.12.76. Entretanto, segundo BANDEIRA DE MELLO, os doutrinadores em questão, ao terem descortinado com acerto que o ex-proprietário poderia fazer jus, alternativamente, seja à indenização, seja a recuperar o bem, erroneamente imaginaram que se estaria em face de um direito de natureza mista, como se a retrocessão fosse de natureza mista ou que a retrocessão é um direito misto, pessoal e real. Nos ensinamentos de BANDEIRA DE MELLO:

O óbvio, entretanto, é que não há direito de natureza mista. Retrocessão é retrocessão: direito real – o de reaver o bem. Direito de preferência é direito de preferência: direito pessoal – o de que lhe seja oferecido o bem para readquiri-lo, pena de perdas e danos. São simplesmente dois direitos perfeitamente distintos e que podem ser alternativamente (e excludentemente) utilizados.

Outra questão de relevância é o teor do disposto no parágrafo 3º do art. 5º do Decreto-lei 3.365, quando se tratar de imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular destinado às classes de menor renda. O texto fala que não se dará outra utilização ao bem e ainda completa que “nem haverá retrocessão”. Indaga-se, então, se, violando a lei, o Poder Público desistir de cumprir a finalidade pela qual o desapropriou e não o oferecer ao ex-proprietário? Ou se pretender vender o bem indiviso a algum interessado? E se, mesmo descumprindo o mandamento legal, dispuser-se a dar-lhe outro

¹¹² MAGALHÃES, R. B. Obra citada. PP. 276-283

¹¹³ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. P. 174

¹¹⁴ RTJ 80/229

destino, o que ocorrerá? Pelo retro examinado nesse trabalho, o correto perante tudo isso seria a retrocessão. Se vedarmos esta, a regra torna-as inútil, sem-sentido. Ensina-nos BANDEIRA DE MELLO “para evitar tal conclusão rebarbativa, que implicaria atribuir estultice à lei – o que é defeso ao intérprete -, cumpre excogitar alternativas exegéticas”.¹¹⁵ Entre estas, poderíamos entender que a palavra “retrocessão” foi utilizada como direito real, isto é, como direito a reaver o bem. No caso, seria isto, então, que seria vedado, mas não haveria impedimento na busca à obtenção de perdas e danos, com base na violação do direito de preferência. Porém, essa solução interpretativa resguarda a existência de uma sanção para o Poder Público descumpridor, não assegurando o cumprimento da finalidade da regra examinada, que dispõe que o bem não pode ter destino diverso daquele para o qual foi desapropriado. Assim, segundo BANDEIRA DE MELLO “melhor exegese seria a de entender-se que quaisquer das violações supostas ensejarão que o ex-proprietário e o Ministério Público, mediante ação civil pública poderão acionar o expropriante para anular a eventual venda ou mudança de destinação”. Exigir-se-ia judicialmente o cumprimento do destino para o qual se desapropriou o bem.

2.5.3 Do prazo para a destinação do imóvel

No âmbito da retrocessão, há outra questão que tem causado discussão entre a doutrina. Esta diz respeito ao prazo necessário para a destinação efetiva do imóvel desapropriado. A lei não fixa um prazo certo, fazendo com que entendamos que a mera inércia do Poder Público não enseje a ocorrência da predestinação, apesar de alguns dos julgados serem em

¹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada. P. 891

sentido contrário.¹¹⁶ Acaba que só a destinação efetiva do bem a uma finalidade que não seja de interesse público é que revela objetivamente o desvio de finalidade que possa recair na retrocessão. Segundo BANDEIRA DE MELLO, “a obrigação do expropriante de oferecer o bem em preferência nasce a partir do momento em que se possa depreender que o expropriante desistiu de destinar o bem a finalidade pública”.¹¹⁷

Essa desistência é entendida por alguns como caracterizada em cinco anos sem que haja a utilização do bem para o cumprimento da finalidade pública. Tal prazo é adotado por analogia ao da caducidade da declaração de utilidade pública (art. 10 do Decreto-lei 3.365/41). Esse é o pensamento de Seabra Fagundes e Manoel Ribeiro e presente em antigos acórdãos.

Porém, a posição vastamente dominante é a dos que consideram que a desistência da utilização do imóvel para utilidade pública seja examinada caso a caso e deduzida de indícios ou fatos concretos. Como exemplo, podemos pegar o cancelamento do plano de obras ou do projeto para o qual se desapropriou, não seguindo de preposição do bem a outra finalidade pública após um período razoável para re-destiná-lo; a abertura de licitação para vendê-lo ou a própria alienação do bem a terceiro, evento que valeria por comparação cabal. A maioria dos estudiosos sufraga tal idéia, como Eurico Sodré¹¹⁸ e Ebert Chamoun¹¹⁹. Celso Antônio Bandeira de Mello também possui o mesmo entendimento.¹²⁰

¹¹⁶ RTJ 83/96.

¹¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada. P. 891

¹¹⁸ SODRÉ, Eurico. A desapropriação, 3ª Ed., São Paulo, Saraiva, PP. 216 e 217.

¹¹⁹ CHAMOUN, Ebert, Obra citada. PP. 75 e 76. Seria imprescindível conhecer o momento em que nasce, para o ex-proprietário, o direito de pleitear indenização com fundamento em a não utilização da coisa segundo os fins que motivaram a desapropriação, ou, em outras palavras, o momento em que desponta, para o expropriante, o dever de oferecer ao proprietário a coisa desapropriada. O momento em que o poder público deve oferecer a coisa ao ex-proprietário é, a rigor, aquele em que o expropriante decide não aplicá-la a fim de utilidade pública. Desse fato decorre o direito pessoal do expropriado ao oferecimento, cuja falta será reparada através de perdas e danos. É óbvio que o exercício de tal direito pelo ex-proprietário dependerá

2.3.4 Do Direito comparado

Passando em revista a legislação dos outros povos, vamos encontrar outros países que adotam a retrocessão. Do direito francês: “Si lês terrains acquis pour dês travaux d'utilité publique ne reçoivent pás cette destination, lês anciens, propriétaires ou leus ayants droit peuvent em demander La remise”¹²¹

Na Itália o instituto foi disciplinado pela Lei de 25 de junho de 1865, sendo que o decreto-lei de 11 de março de 1923 condiciona o uso da retrocessão ao desvirtuamento do fim específico da desapropriação e à hipótese de venda das sobras resultantes da desapropriação. Em Portugal trata-se da retrocessão pela Lei nº 2.030 de 22 de junho de 1948. Na Espanha se admite o direito de retrocessão, sendo seu nome “reversion”. Nos Estados Unidos fixa-se um prazo dentro do qual o expropriante deve começar a utilizar o bem desapropriado e concluí-la. Transcorrido o prazo, extingue-se o direito do expropriante. Por fim, no Japão, o exercício do direito de preempção está condicionado à expiração do prazo de 20 anos.¹²²

praticamente da prova que ele possa fazer do desvio de finalidade. A produção dessa prova não será difícil se o poder público traduzir a sua decisão através de atos inequívocos e ostensivos.

¹²⁰ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada. P. 892

¹²¹ Art. 53 do Decreto-lei de 8 de outubro de 1935 e arts 60;62 da Lei 3 de maio de 1841. “Se o terreno adquirido para as obras públicas não receber este destino, os antigos proprietários ou seus herdeiros podem demandar a remissão”

¹²² FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, Obra já citada. P. 48.

3. CONCLUSÃO

Tem-se a desapropriação como forma mais drástica de intervenção do Estado na esfera de propriedade do particular. É inegável como instrumento do interesse da coletividade sobre o individual, através do Poder Público, quando estes são incompatíveis. Trata-se de um procedimento complexo que deve observar várias etapas e regras próprias para se consumir. Não foi pretendido, em nenhuma parte deste trabalho, contestar a validade de tal instituto, que é primordial para a realização do bem público e decorre da supremacia do Poder Administrativo, do Poder de Polícia da Administração. Apóia-se o crescente rol de direitos elencados e inseridos nesse parâmetro de tutela por parte do Estado, especialmente na questão do direito sobre a propriedade, o qual não pode ser exercido de forma ilimitada, pois coexiste com outros direitos maiores de mesma natureza. Como modalidade de desapropriação, analisamos a desapropriação por zona ou extensiva e também a questão da retrocessão.

Existem diversas polêmicas acerca da desapropriação por zona ou extensiva, porém considera-se válida, pela maior parte da doutrina e pela atual jurisprudência, como instituto para promover a obra cuja realização leve bastante tempo ou para revenda, com o intuito de absorver a valorização extraordinária que ocorrerá aos imóveis adjacentes pela própria execução do projeto, cobrindo o esforço estatal financeiro necessário para a expropriação da área principal e para a realização do melhoramento. Em todo caso, tal figura pode ser considerada como exceção por duas causas: primeiramente, por que o bem pode ser desapropriado para revenda e não para integrar o patrimônio público, em segundo, por que a princípio a desapropriação deve recair sobre bens que satisfaçam necessidade imediata do Estado. Invoca-se, ainda, o fato de nossa Constituição vedar, a não ser em casos expressos em lei, a realização de atividade de caráter especulativo por parte da Administração. Considera-se, porém, que acima dessas prerrogativas está o interesse público, que será satisfeito com a realização da desapropriação em questão.

Considera-se delineada, porém, a questão de inconstitucionalidade dessa figura ao se examinar o tributo de contribuição de melhoria, instituído constitucionalmente para o mesmo fim que a desapropriação por zona,

absorver a mais-valia decorrente da implantação de melhoramento público. Nota-se, todavia, que, na prática, o tributo de contribuição de melhoria raramente é cobrado em nosso país. Não entramos na discussão deste tributo em si, pois foge do âmbito deste trabalho, porém, tal instituto, baseado no princípio constitucional da isonomia, também foi bastante discutido no século passado pela doutrina de Direito Tributário. A maior parte da doutrina de ambos os ramos de direito, Administrativo e Tributário, consideram a desapropriação por zona ou extensiva como uma alternativa à cobrança da contribuição de melhoria.

Da questão da retrocessão, antigo instituto jurídico na questão da desapropriação, vê-se que é um direito essencial nos casos em que a Administração não usa do bem expropriado para a finalidade que ensejou o ato expropriatório. Não havendo isso, o vínculo entre o sacrifício do particular na perda do imóvel e o interesse público invocado no ato de desapropriar deixa de existir. Atualmente, porém, é pacífico na jurisprudência que a redestinação lícita não pode ensejar o direito à retrocessão, sendo aquela o uso do bem para outra finalidade que não a prevista no ato expropriatório, porém cumprindo o interesse público.

A problemática aqui se agrava ao se discutir a natureza do direito acima mencionado, principalmente antes da edição do Código Civil de 2002. Podemos dividir a doutrina em três correntes, sendo que a primeira não admitia a retrocessão como Direito Real de reaver o imóvel, subsistindo apenas como direito pessoal de pleitear perdas e danos, tudo com base no art. 1.150 do Código Civil de 1916. A outra corrente, a segunda em nosso plano, entendia que permanece a retrocessão como direito real, ou seja, como direito à reivindicação do imóvel expropriado, baseados em preceito Constitucional. A terceira corrente enxergava na figura da retrocessão um direito de natureza mista (pessoal e real), cabendo ao expropriado a ação de preempção ou preferência, ou no caso, perdas e danos.¹²³

Vê-se que essa terceira corrente melhor protege o direito à propriedade, porém não se admite direito de natureza mista, sendo que em

¹²³ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada. P. 174

verdade há a ocorrência dos dois direitos (ou um, ou outro), no caso da retrocessão.

A segunda questão controversa em se tratando de retrocessão, é o teor do disposto no art. 3º do Decreto-lei 3.365. Nesta questão, fica-se com o proposto por BANDEIRA DE MELLO “melhor exegese seria a de entender-se que quaisquer das violações supostas ensejarão que o ex-proprietário e o Ministério Público, mediante ação civil pública, poderão acionar o expropriante para anular a eventual venda ou mudança de destinação”.¹²⁴

Por fim, tem-se a questão do prazo necessário para a destinação efetiva do imóvel expropriado. A polêmica ocorre por que a lei não define um prazo certo para tanto. Alguns entendem que a mera inércia do Poder Público não enseje redestinação, embora alguns julgados sejam em sentido contrário. Em todo caso, a posição vastamente dominante é a dos que consideram que a desistência da utilização do imóvel para utilidade pública seja examinada caso a caso e deduzida de indícios ou fatos concretos. Por exemplo, pode-se pegar o cancelamento do plano de obras para qual se desapropriou o bem.

¹²⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada. P. 891

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13º Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ATALIBA, Geraldo. **Natureza jurídica da contribuição de melhoria**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1964.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**, 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 26º Ed, São Paulo: Malheiros, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 23º Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 21. Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

CHAMOUN, Ebert, **Da retrocessão nas desapropriações**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CRETELLA JUNIOR, **Tratado Geral de Desapropriação – Fase Administrativa da Desapropriação**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Comentário às leis de desapropriação**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAGUNDES, Seabra. **Da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

FERRAZ, SÉRGIO. **Desapropriação – Indicações de Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1972

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, **Desapropriação**. São Paulo: Saraiva, 1974.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo** - 8. ed, rev. São Paulo : Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de derecho administrativo**, tomo 2 : la defensa del usuario y del administrado - 8a ed. - Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática** -7 ed. São Paulo: Atlas, 2007

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 3º Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, Eduardo Oliveira de. **Monografia Jurídica**. 7º Ed. São Paulo: RT, 2008.

MAGALHAES, Roberto Barcellos de. **Teoria e prática da desapropriação no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1968.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 24º Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e o Estado**, vol. 1, 2.ª edição, Editora Coimbra, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**.14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1971. V 14.

ROLLAND, Louis. **Précis de droit administratif**, 10º Ed. Paris: Dalloz, 1954

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**, 3ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

SMITH, ADAM (**A Riqueza das Nações**, traduzido por Edwin Cannan, Editora Abril, 1983).

SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva,

STAUT JUNIOR, S. S. **Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, v. 42, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**, 6^o Ed, 1950, vol. V. Milano : A. Guiffre, 1950