



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TAIANE RIBEIRO SOUZA ROCHA

**O PROBLEMA CONSTITUCIONAL NA DESAPROPRIAÇÃO:
VIOLAÇÕES PROVOCADAS PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA AO ART. 5º, XXIV DA CONSTITUIÇÃO E A
JUDICIALIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EXPROPRIATÓRIA.**

Salvador
2015

TAIANE RIBEIRO SOUZA ROCHA

**O PROBLEMA CONSTITUCIONAL NA DESAPROPRIAÇÃO:
VIOLAÇÕES PROVOCADAS PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA AO ART. 5º, XXIV DA CONSTITUIÇÃO E A
JUDICIALIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EXPROPRIATÓRIA.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Geovane Peixoto

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

TAIANE RIBEIRO SOUZA ROCHA

O PROBLEMA CONSTITUCIONAL NA DESAPROPRIAÇÃO: VIOLAÇÕES PROVOCADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO ART. 5º, XXIV DA CONSTITUIÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EXPROPRIATÓRIA.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

Para meus pais Edson e Maria Clara,
que me ensinaram o que é amor e
coragem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Criador dos céus e da terra, cuja benignidade é para sempre, e ao seu Filho nosso Salvador. Sou grata aos meus pais, Edson e Maria Clara e à minha irmã gêmea Caroline. Agradeço à Geovane Peixoto pela orientação e à Faculdade Baiana de Direito pelos conhecimentos jurídicos.

“O SENHOR é o meu pastor; nada me faltará.

Deitar-me faz em verdes pastos, guia-me mansamente a águas tranquilas.

Refrigera a minha alma; guia-me pelas veredas da justiça por amor do seu nome.

Ainda que eu andasse pelo vale da sombra da morte, não temeria mal algum, porque tu estás comigo; a tua vara e o teu cajado me consolam.

Preparas uma mesa perante mim na presença dos meus inimigos, unges minha cabeça com óleo, o meu cálice transborda.

Certamente que a bondade e a misericórdia me seguirão todos os dias da minha vida; e habitarei na Casa do SENHOR por longos dias”

Salmo 23

RESUMO

A presente monografia proporciona um estudo a respeito da propriedade e da posse no contexto da desapropriação, levando em conta os direitos e deveres do expropriado. Serão examinados os principais elementos do instituto da expropriação, como seu histórico, fontes normativas, sujeitos, objeto, espécies e procedimentos. Busca-se uma visão interdisciplinar do tema, frente a grande complexidade da matéria. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXIV, comanda que a lei estabeleça o procedimento das desapropriações mediante justa e prévia indenização em dinheiro, com exceção dos casos nela previstos. Todavia, o artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365 de 1941, lei geral da desapropriação, admite a imissão do Poder Público expropriante na posse antes de paga a devida indenização justa e prévia. Será analisada a constitucionalidade da prática da imissão provisória na posse durante o procedimento desapropriatório. Muitos autores não acreditam que a compatibilização entre a brevidade da indenização e o momento da consumação da desapropriação seja realizável. Parte da doutrina alega que essa imissão não presta obediência ao princípio da previdência da indenização, sob o argumento de que a posse seria precária e temporária. Entretanto a prática demonstra que esta imissão irradia efeitos tão marcantes quanto os da própria desapropriação. A lei nacional sobre desapropriações já completou 74 anos e, por muitas razões é necessário revê-la, não apenas por ser produto da ditadura, mas pela desproteção que pode causar aos particulares. O tema objetiva esclarecer as concepções históricas e ontológicas que construíram o procedimento desapropriatório e discutirá se realmente ocorre na prática a justa e prévia indenização prevista constitucionalmente.

Palavras-chave: propriedade; posse; desapropriação; indenização; imissão provisória na posse.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
des.	desembargador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A PROPRIEDADE	11
2.1. CONCEITO HISTÓRICO DA PROPRIEDADE.....	11
2.1.1. Conceito de propriedade	11
2.1.2. História da propriedade	13
2.1.3. Fundamentos jurídicos da propriedade	15
2.2. A PROPRIEDADE CONSTITUCIONAL	17
2.2.1. A evolução da propriedade no direito constitucional brasileiro	17
2.2.2. A propriedade como direito fundamental	19
2.2.3. A propriedade como direito real	21
2.3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	24
2.3.1 Funcionalização da propriedade	24
2.3.2 Função social da propriedade na Constituição de 1988	26
2.3.3 Função social da propriedade no Código Civil de 2002	28
2.3.4 Bens alcançados pela função social	31
3 DESAPROPRIAÇÃO	32
3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	32
3.2 HISTÓRICO DO TEMA	35
3.2.1 Histórico geral	35
3.2.2 Histórico no Brasil	36
3.3 ELEMENTOS DA DESAPROPRIAÇÃO.....	39
3.3.1 Pressupostos	39
3.3.2 Fontes normativas e espécies	41
3.3.3 Objeto	44
3.3.4 Forma de aquisição	46
3.3.5 Competências	48
3.4 PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO	50

3.4.1 Fase declaratória.....	50
3.4.1.1 Declaração expropriatória.....	50
3.4.2 Fase executória	51
3.4.2.1 Via administrativa	51
3.4.2.2 Via judicial	53
3.4.2.2.1 Partes e pretensão	54
3.4.2.2.2 Contestação	55
3.4.2.2.3 Prova pericial.....	57
3.4.2.2.4 Desistência da desapropriação	57
3.5 INDENIZAÇÃO	58
3.5.1 Regra geral.....	58
3.5.1.1 Indenização prévia	58
3.5.1.2 Indenização justa.....	60
3.5.1.3 Indenização em dinheiro	61
3.5.1.4 Situações especiais.....	61
3.5.2 Juros moratórios e compensatórios	62
3.5.3 Atualização monetária.	64
3.5.4 Honorários	65
3.5.5 Direitos de terceiros.....	66
4 IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE	67
4.1 CONCEITO	67
4.2 PERMISSÃO LEGAL.....	68
4.3 PRESSUPOSTOS.....	71
4.3.1 Urgência	71
4.3.2 Depósito prévio	73
4.4 DESAPROPRIAÇÃO E A IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.....	76
4.4.1 Momento de consumação da desapropriação.....	76
4.4.2 Diferença entre posse e propriedade	79
4.4.3 O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado na desapropriação e na imissão provisória na posse.....	83
4.4.4 Constitucionalidade da imissão provisória na posse	90
4.4.5 Oscilação jurisprudencial ao longo do tempo	98
5 CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS.....	103

1. INTRODUÇÃO

A propriedade é explicitamente valorizada na sociedade moderna, principalmente no Brasil, onde ela é vista como sinônimo de riqueza. Resguardado pela Constituição Federal, o direito de propriedade se integra ao rol dos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança.

O objetivo preconizado do trabalho é analisar a desapropriação e o seu processamento judicial no sentido de verificar potenciais ofensas ao texto constitucional, aos princípios que norteiam a administração pública, ao direito fundamental à propriedade, como também a imissão provisória na posse, seus pressupostos e consequências. O tema esclarecerá as concepções históricas e ontológicas que construíram o procedimento desapropriatório e o impacto da justa e previa indenização prevista constitucionalmente.

Por conseguinte, o abuso deste direito permitiu que se construísse a ideia de função social da propriedade que, juntamente com o princípio da prevalência do interesse público sobre o privado justificam sua limitação, restrição e supressão.

O instrumento do Poder Público para suprimir a propriedade é a desapropriação, que em nome da utilidade pública ou do interesse social transfere propriedade alheia para si. Embora a legislação brasileira seja constantemente reformada, ainda assim mantém o Decreto-lei nº 3.365/41, diploma legal da desapropriação, congelado no tempo. As leis também envelhecem com o passar do tempo e precisam ser atualizadas de acordo com as necessidades decorrentes da evolução do tempo.

O legislador pátrio legitima sua incoerência ao deixar que o citado Decreto-lei permaneça estático por mais de 70 anos indo de encontro, senão ao desencontro da Carta Política, culminado em inconstitucionalidades. Por outro lado, o particular não pode ser impedido de defender sua propriedade perante a administração, nem pode ser expropriado sem a prévia e justa indenização.

A legítima transferência da propriedade depende do atendimento dos pressupostos elencados pelo artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988. Apesar da propriedade ainda não ter sido repassada, é inegável que a imissão na posse lesiona severamente o desapropriando, que, como todo possuidor ou proprietário, tem seu direito protegido constitucionalmente. A “provisoriedade” da imissão na posse carece de revisão, visto que, em um caso concreto ela pode ser em verdade, não retornável e definitiva. É imaginável e perceptível a observação de inconstitucionalidades na formatação da imissão provisória na posse. Pra isso, é fundamental descartar o conceito imutável e estancado dado à propriedade e a posse e assumir a grande importância desses institutos.

Nesse contexto vê-se que a prática difere da teoria e são muitos os casos concretos que afirmam isto, pois a desapropriação pode representar abuso de poder. É, portanto, essencial, que se estabeleça um controle rígido sobre todos os aspectos do procedimento expropriatório, para que não ocorra injustiça social causada por interpretações equivocadas sobre o princípio fundamental da propriedade e os princípios que garantem a desapropriação.

2. A PROPRIEDADE

2.1. CONCEITO HISTÓRICO DA PROPRIEDADE

2.1.1. Conceito de propriedade

Não há um conceito inflexível de propriedade. Engana-se quem pensa que a sua legalização a torna definitiva e com desenvolvimento entancado. Ao contrário, o conceito é modificado de acordo com as características econômicas, sociais, políticas e religiosas que o circundam. (SILVA PEREIRA, 2012, p. 67)

O próprio vocábulo tem origem incerta. Para alguns estudiosos vem do latim *proprietas ou proprietus*. Estas palavras servem tanto para apropriação de bem corpóreo como de incorpóreo. (GONÇALVES, 2013, p.229)

A variedade de ângulos sobre o instituto não impede que se proceda a uma trajetória em direção ao conceito, indo de um sistema fechado para um sistema aberto. Inicia-se essa trajetória com o raciocínio lógico formal, seguido por um raciocínio axiológico e teleológico. (LOUREIRO, 2003, p.36)

Consta no livro clássico de Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, tomo XI: propriedade é tudo que se tem como próprio. Próprio é todo conjunto de bens pertencentes a alguém. Segundo o artigo 141, § 16, da Constituição de 1946, em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Em sentido amplo correspondente aos artigos 524 a 530, é qualquer direito irradiado por incidência de regra jurídica de direito das coisas. Um conceito mais científico envolve coisas corpóreas incluindo propriedade literária, artística, científica e industrial. E, em sentido estritíssimo, propriedade é apenas domínio. A maioria dos manuais de direito civil define propriedade destacando os direitos de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha. Ela era encarada como simples direito subjetivo, como um conjunto de poderes. Os deveres deviam ser prestados por terceiros não proprietários. (LOUREIRO, 2003, p.40)

O direito de usar, gozar e dispor dos bens são reflexos das características da propriedade no direito romano: *jus utendi, jus fruendi e jus abutendi*. O primeiro é a capacidade de fazer uso da coisa segundo o desejo exclusivo do proprietário excluindo estranhos. O segundo é a possibilidade de aproveitar os frutos civis e naturais da coisa. O terceiro é no sentido de disposição da coisa, consumo, alienação, etc. Para efetivar esses três direitos há a prerrogativa de reivindicar a coisa de quem a detém injustamente. (HARADA, 2014, p.2)

Para Orlando Gomes (2012. P.104),“a propriedade é um direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.”

Clóvis Bevilácqua define a propriedade como o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral. Um conceito formoso, mas que não traz a luz o conteúdo jurídico e econômico do instituto. (SILVA PEREIRA, 2012, p.75)

Por seu turno, o jurista Cunha Gonçalves o direito de propriedade é aquele em que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce sob uma coisa determinada, em regra permanente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar. (FARIAS, 2007, p.291)

O conceito tradicional não leva em conta a interpretação sistemática, já que a lei, depois de aplicada pode regular relações não conhecidas no momento de sua elaboração. Felizmente alguns doutrinadores perceberam que na verdade trata-se de uma relação jurídica complexa, tendo os proprietários, deveres e não apenas poderes.(LOUREIRO, 2003, p.42 e p.43)

A propriedade é um direito subjetivo que forma uma relação jurídica complexa entre quem possui a titularidade do bem e a coletividade. O objeto dessa relação jurídica é o dever de abstenção. Este, por conseguinte é a necessidade de que não proprietários respeitem o exercício do proprietário da coisa. Nos bens imóveis, por exemplo, esta relação tem início com o registro do imóvel tornando a propriedade pública e impositiva perante a sociedade. (CHAVES, 2013, p.263)

Inicialmente é preciso conceituar a relação jurídica. Ela é o vínculo existente entre os sujeitos que os confere poderes e deveres. Ela surge quando uma relação da vida é positivada e disciplinada pelo direito e pode ser simples ou complexa. A simples possui apenas um vínculo entre um direito e um dever correspondente, enquanto a complexa abarca várias relações entrelaçadas com mais de um direito e dever. (LOUREIRO, 2003, p.44)

A locução relação jurídica complexa resume a pluralidade de direitos e deveres recíprocos que devem balancear os interesses de todos os polos da relação jurídica. O proprietário pode se deparar com situações ativas e passivas. Ele só poderá aproveitar-se da abstenção da coletividade se obedecer ao princípio da função social da propriedade. (CHAVES, 2013, p.321)

A propriedade é uma relação complexa, pois contém inúmeros direitos e deveres. Não é pelo fato de existirem um grande contingente de direitos subjetivos que ela pode ser reduzida a simples direito subjetivo. É preciso superar as teorias clássicas e entender que o interesse do dono é apenas um dos muitos interesses protegidos na propriedade e não único. Houve uma lenta evolução de conceitos. O primeiro passo foi incluir limites e obrigações ao proprietário. (LOUREIRO, 2003, p.45)

Portanto, a nova propriedade deve ser vista como relação jurídica complexa diferente da propriedade do século XX. Os terceiros e vizinhos não estão mais completamente subordinados aos proprietários, pois estes passam também a ter deveres. (LOUREIRO, 2003, p.47)

Assim por mais que a visão tradicional defenda que a propriedade tem como característica, a plenitude, a elasticidade, a exclusividade, a independência, a imprescritibilidade e a perpetuidade, estas características engessadas não mais se encaixam nas inovações jurídicas das últimas décadas. A propriedade pode ser definida como uma relação jurídica complexa, contendo uso, gozo e disposição da coisa, condicionado às obrigações com terceiros e subordinada à função social.

2.1.2. História da propriedade

Ao que parece a propriedade coletiva é provavelmente a mais velha forma de propriedade. Pouco a pouco ela se transformou em individual. É um tema da história do direito que permanece na penumbra. (WASHINGTON DE BARROS, 2013, p.95)

Existente desde os primórdios da civilização, propriedade coletiva é a mais velha forma de propriedade. Nela o uso e gozo sobre certos bens eram intransmissíveis e temporários. A comunidade importava mais que o indivíduo nos povos primitivos. (LOUREIRO, 2003, p.13)

Os direitos de propriedade surgiram no dia em que os recursos estavam escassos e os homens procuraram sobreviver se apossando de bens vitais. Primeiro o ser humano era da terra para depois ser a terra a pertencer a ele. O verbo ter, que marca o direito de propriedade, é mais antigo do que se pensava. (CHAVES, 2013, p.257)

O aparecimento da propriedade individual está ligado à transição da comunidade gentílica para a comunidade política territorial com maior desenvolvimento civil. A sociedade grega antiga era dividida em clãs, cada um com suas próprias terras sobre as quais recaía a propriedade familiar. A propriedade individual se limitava a bens móveis. (LOUREIRO, 2003, p.14)

A noção de propriedade brotou entre os romanos da religião e não da lei. A propriedade já esteve enraizada na religião. Cada família possuía seus próprios deuses, criados para que a protegessem, os quais eram idolatrados como propriedade familiar. (FARIAS, 2007, p.289)

Em Roma, ainda não havia distinção conceitual entre direitos pessoais e direitos reais, mesmo tendo tipos de ação de defesa distintos. Com base nessa diferença foi feita a conceituação atual desses direitos. Os romanos distinguiram posse, poder de fato. De domínio, poder de direito. Porém, eles não conceituaram o direito de propriedade. Isso só foi feito pelos juristas da Idade Média, até hoje, suas definições são muito difundidas. (LOUREIRO, 2003, p.14 e p. 15)

No direito romano a propriedade com a única garantia eficiente e eficaz era a quirítária. Esta tinha muitos requisitos para existir, como modo de aquisição dentro do jus civile, cidadania romana e idoneidade da coisa. Sua proteção era conseguida através da ação de reivindicação. (BARROS, 2013, p.95)

Quatro foram os tipos de propriedades resultantes da história romana: A peregrina, a provincial, a pretoriana e a quirítária. A peregrina surgiu da necessidade de proteção dos bens dos peregrinos contra terceiros; a provincial se referia a imóveis localizados nas províncias romanas que dependiam de quantia paga regularmente. No entanto, essa posse não era transmitida aos herdeiros; a chamada propriedade pretoriana remonta a figura do pretor que ainda não tinha recebido a transferência da propriedade por um ato formal; a quirítária era uma propriedade nacional e vigorava em solo romano e se referia aos bens móveis e imóveis. (LOUREIRO, 2003, p.15 e p.16)

Mais tarde, todas as modalidades de propriedades foram unificadas, já que a grande maioria dos habitantes do império romano já tinha cidadania romana. O conceito de propriedade que prevaleceu perante as outras, após demorado processo de individualização, é o que hoje chamamos de individualista. Toda coisa tem somente um dono e este tem os mais amplos poderes. (CHAVES, 2013, P.2013)

No fim do império romano, início da idade média, os camponeses começaram a se submeter às ordens dos proprietários de terra, dando suas próprias terras em troca de proteção e segurança principalmente contra as invasões bárbaras. (LOUREIRO, 2003, p.15 e p.16)

Depois do declínio do império romano, foi instituído na Europa o sistema feudal. Quebrou-se o conceito unitário da propriedade romano. Surgiu o domínio eminente e o domínio útil. O eminente era do senhor feudal que passava para os vassallos a utilização econômica da terra em troca de serviços e do repasse de rendas. Este foi o ápice de poder da propriedade. (FARIAS, 2007, p.287)

A falta de uma autoridade com poder central após a queda do império romano gerou distorção aos conceitos de soberania e de propriedade. Quem detinha propriedades de terras impunha muitas restrições à liberdade de agir dos camponeses trabalhadores. A idade média trouxe o surgimento do comércio, dos bancos e das sociedades por ações, demandando uma maior amplitude no uso da propriedade privada. O pensamento jus naturalista exaltava a propriedade como direito fundamental, no mesmo patamar do direito à vida e a propriedade, servindo aos interesses burgueses. (LOUREIRO, 2003, p.18 e p.19)

Com Revolução Francesa, em 1789, seu caráter de direito individualista da era romana retorna. No mesmo ano da sua eclosão foi divulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional Francesa em 26 de agosto de 1789, definindo os direitos da pessoa humana inscritos em todas as Constituições democráticas contemporâneas ocidentais.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 afirma em seu artigo 2º que toda a associação política deve ter como finalidade a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Em seu artigo 17º tal documento jurídico imprime que a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir sob a condição de justa e prévia indenização.

2.1.3. Fundamentos jurídicos da propriedade

As controvérsias acerca do fundamento jurídico da propriedade são muitas. A origem e legitimidade deste direito sempre foram muito discutidas. Em resumo existem quatro teorias sobre o tema: a teoria da ocupação, a teoria da lei, a teoria da especificação e a teoria da natureza humana. (BARROS, 2013, p.92)

Os adeptos da teoria da ocupação, a mais antiga teoria, acreditam que o fundamento do direito de propriedade é a ocupação. O domínio humano sobre a natureza é aumentado quando coisas ainda não apropriadas são ocupadas. Porém, esta observação não produz doutrina, apenas aponta um fato. A propriedade depende da legislação que normatize seus aspectos como aquisição e extensão para existir. (BARROS, 2013, p.92)

A simples ocupação não basta para gerar o direito de propriedade. A ocupação é só uma das muitas formas de aquisição da propriedade e esta aquisição pressupõe a existência de um direito passível de ser conseguido. (HARADA, 2014, p.3)

A teoria da lei encontra apoio em Hobbes, Bossuet, Mirabeau, Benjamin Constant e Betham. Seu principal defensor foi Montesquieu. Segundo ela o direito civil positivo instituiu a propriedade. A lei é criadora e garantidora do direito. (BARROS, 2013, p.93)

Entretanto o fundamento não pode ser a vontade do legislador, ele apenas regula seu exercício. Não é seguro basear tal direito apenas na vontade humana pois assim como o legislador institui o direito também pode suprimi-lo. (HARADA, 2014, p.3)

Os economistas formularam a teoria da especificação ou do trabalho. Mesmo sendo um pouco mais avançada não se revela suficiente. Aqui os bens são criados pelo trabalho do homem em transformar a matéria bruta submetendo a coisa ou objeto da natureza em seu domínio. É equivocada porque recompensa do trabalho é o salário e não o que foi produto dele. Quando um grupo de pessoas trabalhou no mesmo objeto haveria muitas propriedades e deixaria de fora o proprietário dos bens de produção. A teoria gera reflexos socialistas fortes. . (BARROS, 2013, p.93 e p.94)

Passadas essas teorias vislumbra-se a verdade. A propriedade faz parte da própria natureza do homem e a autoridade pública não pode apaga-lo apenas direcionar seu uso ao bem geral. A teoria da natureza humana tem prestígio entre juristas e é apoiada pela doutrina da Igreja Católica, segundo a qual a propriedade faz parte da natureza humana representando uma forma de expressas a individualidade humana. (HARADA, 2014, p.3)

A propriedade confere liberdade e individualidade de cada um e é condição para o Desenvolvimento do intelecto e da moral humana. Só com a propriedade coisas com valor econômico podem servir aos objetivos individuais. (BARROS, 2013, p.93 e p.94)

Washington de Barros (2013, p.94) afirma que a Igreja Católica com seus doutores e pontífices adota a teoria de que o direito de propriedade privada foi concedido ao homem pela

natureza, ou seja, pelo próprio Criador, para provimento de necessidades individuais e familiares de acordo com a encíclica Quadragésimo Ano do Papa Pio XI.

2.2. A PROPRIEDADE CONSTITUCIONAL

2.2.1. A evolução da propriedade no direito constitucional brasileiro

As constituições brasileiras trataram da propriedade, de modo diverso, até chegar a Constituição de 1988, a mais protetiva de todas. A Constituição Imperial de 1824 tinha um ideal liberal, garantindo plenamente o direito de liberdade. Foi consagrada a desapropriação de bens particulares pelo Poder Público, exigindo-se antes uma indenização em dinheiro, sem fazer qualquer menção à função social da propriedade. Tratou do direito de propriedade, incluindo-o no rol de direitos individuais do cidadão, elencados no artigo 179, daquela Carta. Em 1891, a Constituição Republicana não inovou em relação ao texto constitucional anterior. (COSTA PEREIRA, 2013, p.245)

A função social da propriedade foi mencionada indiretamente, somente na constituição de 1934, em seu artigo 113/17 transcrito in verbis: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á mediante prévia e justa indenização.” Três anos mais tarde a Constituição de 1937 cometeu infeliz retrocesso quando comparada ao texto anterior, pois não proibiu que o exercício do direito de propriedade fosse contrário ao interesse coletivo e social. (LOUREIRO, 2003, p.93 e p.94)

Esta omissão foi atenuada pela Carta de 1946, que condicionava o uso da propriedade ao bem estar social, permitindo por meio do artigo 147, a promoção da justa distribuição da propriedade, tornando-se norma jurídica programática de eficácia limitada, onde os direitos sociais dificilmente saiam do papel. Esse condicionamento ao bem estar social funcionou como um reconhecimento da função social da propriedade. Graças a isto a desapropriação por interesse social foi disciplinada na Lei nº4132/62 e em 1946 a Emenda nº 10 inseriu a desapropriação da propriedade territorial rural para fins de reforma agrária. (COSTA PEREIRA, 2013, p.246 e p.247)

A Constituição brasileira de 1988 é formal, quanto ao conteúdo; escrita, quanto à forma; democrática, quanto à origem; rígida, quanto à consistência; analítica, quanto à extensão; dirigente ou social, quanto à finalidade; dogmática, quanto ao modo de elaboração; eclética, quanto à ideologia; e normativa, quanto ao modo de ser. (JÚNIOR, 2011, p.126)

A propriedade e seu conteúdo contemporâneo não podem ser retirados somente do Código Civil, reclamando uma análise da Constituição Federal de 1988. Em primeiro lugar direito de

propriedade é diferente de direito à propriedade. Não bastaria apenas proteger os proprietários, a Constituição garante o acesso ao patrimônio indispensável à efetivação da vida, liberdade, igualdade e segurança.

A Carta Política de 1988 em seu artigo 5º reafirmou o direito a propriedade privada e a sua função social de forma significativa no rol de direitos fundamentais. No título VII, da ordem econômica e financeira, o Texto magno põe como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e como função a existência da dignidade, observados os pressupostos da justiça social. Entre os princípios que tratam da ordem financeira, surge, mais uma vez a propriedade privada (inciso II) e a função social de propriedade (inciso III). (LOUREIRO, 2003, p.95)

Vê-se de forma cristalina, que a Constituição abordou o tema sobre a propriedade, priorizando longas correntes de pensamentos, trazendo fortes cargas emotivas que se sobressaem em dispositivos conflitantes, que dão ênfase ao caráter sacro e inviolável, porém, acentuam as funcionalizações vinculadas a outros princípios e direitos fundamentais.

O Texto Magno inovou ao inserir a função social de propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais, sendo a mesma considerada como regra fundamental apta a instrumentalizar todo o contexto constitucional e conseqüentemente, todas as normas infraconstitucionais, criando regras interpretativas do ordenamento jurídico.

Atualmente, a propriedade se mantém no cenário, como liberdade fundamental ligada ao interesse social e valores econômicos, ou seja; garante a existência de propriedade privada, sem, contudo, estabelecer o conteúdo que deve corresponder ao instituto da função social. (LOUREIRO, 2003, p.102).

No âmbito proprietário a Carta Magna protegeu a pequena propriedade rural. O art.5º, XXVI dispôs sobre meios de financiar seu investimento e desenvolvimento contanto que seja trabalhada pela família. Tal propriedade não é penhorada para pagar dívidas oriundas de sua atividade produtiva. (JÚNIOR, 2011. p.713)

Para alguns doutrinadores como é o caso de Fábio Konder Comparato, a Constituição só protege a propriedade de certas categorias de bens, deixando de lado outras funções sociais, como a previdência e os direitos trabalhistas. Entretanto, o legislador pátrio faz referencia à propriedade como direito da personalidade de forma ampla e ilimitada, pois se trata de direito fundamental. (LOUREIRO, 2003, p.100).

CF/88 “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:”.

A Carta Magna no art. 5º, inciso XXII garante o direito da propriedade e o inciso XXIII fixa que ela atenderá a sua função social.

Portanto, a propriedade transformou-se no anteparo entre domínio público e domínio privado. A verdadeira essência da proteção constitucional é evitar que o Estado use medidas genéricas ou abstratas para apropriar-se de bens econômicos de particulares ou comprometê-la mediante um confisco. (JÚNIOR, 2004, p. 149)

2.2.3. A propriedade como direito fundamental

O primeiro efeito da maneira como a propriedade é tratada na constituição é a forte rigidez constitucional com a qual é garantida seguindo a cláusula de imutabilidade presente no artigo 60, §4º, IV. O direito de propriedade é cláusula pétrea que é uma cláusula especial que proíbe mudanças restritivas no seu conteúdo. Não pode ser modificada nem por proposta de emenda abolicionista. (OLIVEIRA, 2001, p. 90-91)

A Carta Magna não delinea o conteúdo e os limites do direito de propriedade, cabendo ao legislador definir as condições para seu exercício no direito privado e público consoante o interesse privado dos demais componentes da sociedade. Como direito constitucionalmente previsto, a propriedade é protegida das arbitrariedades do Estado que, para intervir no seu exercício, deve preencher condições legais e constitucionais. (OLIVEIRA, 2001, p. 91-92)

A propriedade privada e a função social da propriedade são princípios da ordem econômica mencionados no artigo 170, II, da Constituição e no inciso seguinte. Nossa ordem econômica busca uma existência digna para todos, obedecendo à justiça social, por isso deve preservar a propriedade privada. As muitas formas de limitação oferecem mais segurança ao relacionamento entre direito privado e interesse da comum. (OLIVEIRA, 2001, p. 92-93)

Em qualquer período da história, a propriedade foi o mais importante tema na vida dos povos cominando em conflitos diplomáticos e armados entre proprietários e não proprietários, patrões e empregados, acentuados pelo desfrute da riqueza pelo trabalho coletivo. (ÉLERES, 2010, p.65)

O conceito de propriedade se modificou muito ao longo do tempo, se adaptando as circunstâncias históricas e, principalmente ao tipo de Estado e ao governo que ele propõe. Ela

já foi considerada absoluta e perpétua. Porém, em função do seu mau aproveitamento, estes caracteres foram mitigados.

A interpretação do art. 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal de 1988 exprime uma frase afirmativa condicionada: é garantido o direito de propriedade, desde que esta atenda a sua função social. Estes dispositivos deixam claro que o direito de propriedade não é absoluto.

O Poder Legislativo garante este direito aos cidadãos. No entanto, este deve ser exercido dentro das limitações administrativas impostas pela lei, sempre sujeito à tutela do Judiciário se sofrer deturpação ou descumprimento de seus propósitos.

Caso o proprietário não respeite essa função social, surge o Poder Público para alcançar a propriedade e, em alguns casos, até mesmo suprimi-la, se for preciso. Os principais fundamentos de tal poder estatal são os princípios da função social da propriedade e da preponderância do interesse público sobre o privado.

Porém o abuso deste direito permitiu a construção do princípio da função social da propriedade que, juntamente com o princípio da prevalência do interesse público sobre o privado justificam sua limitação, restrição e supressão.

A primeira vista a propriedade é um direito egoístico individual que dispõe a seu titular uma série de poderes como usar, gozar e dispor da coisa, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo. Contudo, esses poderes não podem ser exercidos ilimitadamente, já que coexistem com direitos alheios e com interesses públicos maiores tutelados.

A propriedade apresenta-se como um dos direitos fundamentais expressos na Constituição. Sob o ponto de vista histórico, o direito de propriedade assumiu foros de sacramentalidade, principalmente durante a Revolução Francesa.

A atual Carta Magna posiciona o direito a propriedade como inviolável, no caput do art. 5º, colocando-o ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança. Porém, a concepção individualista deste direito foi pouco a pouco superada pela teoria do abuso de direito. Primeiramente foram criadas imitações negativas, e, em seguida imposições positivas, para depois se formar a visão de que propriedade é, na verdade, uma função social. O art. 5º, XXIII, da Constituição impõe que a propriedade atenderá a sua função social. Ou seja, garante-se o direito a propriedade sob a condição de atingir sua função social. Assim, ao invés de ser um direito perpétuo e absoluto, revela-se condicionado e relativo. (FILHO, 2010, p.351 e p.352)

Há sólidas razões para manter o caráter de direito fundamental da propriedade além de ter sido expressamente reconhecida na Constituição. A propriedade é um direito humano que protege seu titular. Ela garante a autonomia privada do indivíduo que sem ela não teria condições de formar sua personalidade e imagem perante os outros. Não significa com isso que o “ter” valha mais que o “ser”, como parece ocorrer na sociedade materialista e consumista do século XIX. Um não existe sem o outro e além do mais a propriedade sempre existiu para as pessoas.

A propriedade não é apenas mais um direito subjetivo e fundamental. Ela é garantia institucional, garantindo bens jurídicos elementares para a preservação de valores considerados essenciais no momento pelo ordenamento jurídico. (CHAVES, 2013, p.280)

2.2.4. A propriedade como direito real

Para Pontes de Miranda, direitos reais são direitos subjetivos, contendo poderes de senhoria contendo limitações advindas do espaço terrestre e de regras jurídicas. Teorias políticas de extrema direita, defendendo-se de transformações jurídicas e econômicas, tentaram negar a existência de limites ao conteúdo da propriedade. Mas, o direito persiste quando é atingido um de seus poderes, seja o de usar, fruir ou dispor. A propriedade é um direito absoluto com eficácia erga omnes. (MIRANDA, 1983, P.16)

O direito das coisas é o complexo normativo regulador das relações jurídicas envolvendo bens suscetíveis de apropriação pelo ser humano. No livro *Direito das coisas* o Código Civil só trata de bens corpóreos e materializados. Os bens materiais se encontram positivados em leis especiais. O Código adotou a teoria clássica pela qual o direito real é taxativo e absoluto. Direito real seria a relação jurídica usada pelo titular para retirar as utilidades produzidas pela coisa. Diferente do direito real, o direito pessoal é relativo e permite que o sujeito ativo cobre do sujeito passivo certa prestação, positiva ou negativa. (CAROTA, 2013, p.420)

A propriedade, principal direito real, é o direito na coisa própria. Com a Constituição Federal de 1988 demonstrou a fragmentação do aludido de acordo com as características do objeto apropriado, do sujeito ativo e das peculiaridades do caso prático. Sob este prisma não cabe mais falar em propriedade, mas em “propriedades”.

A garantia do direito de propriedade não está limitada aos direitos reais, também influencia os direitos obrigacionais. A visão unitária da propriedade baseada no art.1228 do Código Civil meramente descreve os poderes do proprietário. Isto mantém o discurso conservador sem atender para as múltiplas possibilidades de uso dos bens. O direito civil não é prisioneiro do

Código civil. Considerando a propriedade uma relação jurídica complexa, seria melhor falar em propriedades do que em um único direito de propriedade ordinário. (CHAVES, 2013, p.268)

O direito real de propriedade é o mais amplo de todos. Ele pode ser conceituado de três formas segundo o critério usado: a sintética, a analítica e a descritiva. Na primeira ela é a total submissão de uma coisa a uma pessoa. Pelo conceito analítico, a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor de um bem, e de reavê-lo de posse injusta. Já descritivamente, é o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual algo se submete as vontades de um sujeito, com as limitações legais. Somente a junção desses três critérios esclarece satisfatoriamente a noção de propriedade e não a análise isolada. (GOMES, 2012, p.103)

Direito absoluto também é porque confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, e, ainda, se lhe convém limitá-lo constituindo, por desmembramento, outros direitos reais em favor de terceiros. Em outro sentido, diz-se, igualmente, que é absoluto, porque oponível a todos. Mas a oponibilidade erga omnes não é peculiar ao direito de propriedade. O que lhe é próprio é esse poder jurídico de denominação coisa, que fica ileso em sua substancialidade ainda quando sofre certas limitações. (GOMES, 2012, P.104)

A doutrina clássica continua separando direitos reais em absolutos e relativos. Quando o dever recai sobre uma distinta pessoa ele é relativo. Quando recai indiscriminadamente sobre todas as pessoas ele é absoluto. Há ainda duas categorias de direitos reais. A propriedade está situada como direito real pleno enquanto que os direitos de garantia, de aquisição, de fruição e de gozo, como uso, servidão, usufruto, habitação, são chamados de direitos reais limitados. (CAROTA, 2013, p. 420 e p.421)

O atual Código Civil mitiga o aspecto irrestrito do desse direito real porque o condiciona a obediência de uma finalidade mostrada pela ordem econômica e social e pela proteção ao meio ambiente e aos patrimônios sociais.

O Código Civil de 2002, do mesmo modo que o de 1916, não definiu o direito, apenas relatou no artigo 1228¹ as prerrogativas do proprietário. O § 1º tenta elucidar a função social da propriedade, mesmo que de forma precária, e, em seguida, o § 2º introduz a noção de abuso de direito pelo proprietário.

É pacífico na doutrina que a propriedade pode ter como objeto bens corpóreos, há controvérsias se o mesmo vale para os bens incorpóreos. Uma corrente da doutrina reconhece a propriedade científica, literária e artística e outros vão além admitindo que até mesmo direitos, valores, cargos e empregos podem ser objeto de propriedade. (GOMES, 2012, p.106)

¹art. 1228. 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.

Para Orlando Gomes, apesar das semelhanças com o direito de propriedade, como a exclusividade, esses direitos não chegam a ser a própria. São como uma quase propriedade. Segundo ele: “o objeto do direito de propriedade deve ser valor econômico materializado, individualmente determinado, com todos os acessórios da coisa.” (GOMES, 2012, p.107)

As limitações ao direito de propriedade são condicionamentos em face de características tradicionais da propriedade que antes era vista como absoluta, exclusiva e perpétua. Existem três espécies de limitações: Desapropriação, servidões e restrições.(SILVA, 2008, p. 279)

Os princípios gerais do direito, a lei e a vontade do dono impõem limitações ao direito de propriedade. A lei limita o direito da propriedade pelo Estatuto da Cidade Lei n.10.257/01 baseada no princípio da prevalência do interesse público sobre o privado. Dia após dia cresce a quantidade de limitações fundadas neste princípio.

A desapropriação é, sem dúvida, a forma mais drástica de manifestação do poder de império do Estado. Ela é a retirada compulsória da propriedade, mediante indenização, para realização do interesse público. Ela é o instituto de direito público que retira a propriedade privada devido a necessidade, utilidade pública ou interesse social, através do pagamento de indenização prévia e justa em dinheiro. (HARADA, 2014, p.16)

O Estado não pode desapropriar arbitrariamente senão a propriedade privada estaria sujeita aos caprichos dos administradores e governantes. Mesmo assim é difícil a tarefa de conceituar utilidade pública.

Princípios jurídicos aplicáveis em todo o território também limitam o direito a propriedade. Um deles chamado de princípio da normalidade prega que o desvio da normalidade não é admissível, pois repercute em abuso de direito. A aplicação deste princípio gera uma limitação de caráter geral. Abusa do seu direito de propriedade quem, por exemplo, constrói um muro objetivando unicamente prejudicar seu vizinho lhe tirando a vista da praia. (GOMES, 2012, p. 142 e p.143)

Ademais todas estas limitações legais e jurídicas, o próprio proprietário pode querer limitar seu direito, são as limitações voluntárias. O testamento, a doação, o contrato de compra e venda e a constituição de renda são as mais importantes limitações voluntárias. (GOMES, 2012, p.144)

Uma parte dos preceitos que limitam a propriedade está regulados em lei ordinária. Uma delas, o Decreto n. 3.365 de 1941, regula a desapropriação e é anterior à Constituição Federal de 1988. Alterada pela Lei n.2.786, de 1956, esta lei ordinária estabelece normas gerais sobre

as condições para o exercício da desapropriação e também regula o seu processo judicial. (GOMES, 2012, p. 148)

Servidões se referem ao caráter exclusivo da propriedade. Elas impõem ônus às coisas. Existe um imóvel chamado serviente, que é onerado e um bem que se beneficia do ônus chamado de dominante. A servidão pode ser pública ou particular. As públicas são criadas em prol de um serviço ou obra pública, de acordo com a Lei de Desapropriações. Outra limitação é a requisição do Poder Público sobre bens privados. Ela não se confunde com desapropriação, já que esta gera transferência definitiva da propriedade. (SILVA, 2008, p. 280 e p. 281)

Restrições limitam o absolutismo da propriedade de que decorrem: o direito de fruição, pelo qual o proprietário pode obter quaisquer vantagens que ela possa fornecer; de modificação consiste em alterações ou mudanças total ou parcial da coisa própria podendo até mesmo dilapidar sua substância; o direito de alienação possibilita ao proprietário alienar sua propriedade por meios idênticos ao de aquisição. As limitações ao direito de propriedade são condicionamentos em face de características tradicionais da propriedade que antes era vista como perpétua. (SILVA, 2008, p. 279 e p. 280)

Na Idade Média para ter o domínio útil do bem imóvel, os titulares do domínio direto deviam cumprir obrigações reais perpétuas. O que ocorre hoje é bem semelhante, exceto pelo fato do senhor feudal, beneficiado pelos titulares do domínio ocioso, ter sido substituído pela figura do Estado. O Estado é o senhor feudal da Idade Moderna. Não significa que retornamos a era medieval, ou era das trevas, apenas que em ambos os casos os poderes do proprietário são condicionados a satisfação de alguns encargos.

Por fim sistemas de limitação da propriedade não devem ser confundidos com a sua função social. Os primeiros de referem ao exercício dos direitos do proprietário enquanto aquela diz respeito à própria estrutura do direito. A função social da propriedade, portanto, é inconfundível com uma limitação externa ao direito de propriedade. Para existir e produzir efeitos a situação jurídica “propriedade” deve cumprir sua função social, sob pena de não receber a tutela do ordenamento jurídico nacional. (GOMES, 2012, p. 108)

2.3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

2.3.1 Funcionalização da propriedade

A função social da propriedade pode ser manifestada tanto em direitos e faculdades como em deveres e obrigações manifestar-se, conforme as hipóteses, ou seja, como condição de exercício das faculdades atribuídas, ou como obrigação de executar determinadas faculdades

de acordo com modalidades preestabelecidas. Ela fundamenta os casos em que o direito a propriedade sofre limitação, restrição e supressão.

A função é o poder de auferir um destino certo para a propriedade dando-lhe objetivos. Para Fábio Konder Comparato a função social é poder - dever. Condiciona-se o poder a uma finalidade. (BERCOVICI, 2001, p. 77)

A etimologia da palavra função social vem da palavra em latim *fugor*, mais tarde chamada de *funcio*, que significa ter um dever, uma tarefa a cumprir. (ANDRADE, 2014, p.174)

O Direito na verdade é um todo articulado pelas exigências sociais, segundo Karl Renner. Para acompanhar a sociedade, ordenamento jurídico assume caráter orgânico. Os institutos que formam seu corpo se conectam, não apenas por terem normas em comum, mas também por terem funções similares. (BERCOVICI, 2001, p.76)

O processo de funcionalização da propriedade é longo. Karl Renner mostrou que ela sempre teve uma função social que foi variando conforme a relação de produção existente. Para ele limitações, obrigações e ônus somente vinculam o exercício do direito realizado pela atividade do proprietário e não o direito propriamente dito. (SILVA, 2008, p. 282)

O processo de funcionalização da propriedade foi demonstrado por Karl Renner, que analisou como a função social da propriedade se modifica com as mudanças nas relações produtivas, transformando a propriedade capitalista, sem socializa-la. Com isso, a função social da propriedade toma-se o fundamento do regime jurídico do instituto da propriedade, de seu reconhecimento e da sua garantia, dizendo respeito ao seu próprio conteúdo. (BERCOVICI, 2001, p. 75)

A norma que abriga o princípio da função social da propriedade incide de imediato, assim como todo princípio na Constituição de 1988. Essa norma controla o conceito de propriedade convertendo-a em um instituto do Direito Público. Por tal importância possui eficácia plena e de grande alcance. (SILVA, 2008, p. 282)

Um debate comum é questionar se é possível que a função social da propriedade modifique a natureza econômica do instituto jurídico sem que a lei sofra qualquer modificação. O substrato da propriedade foi visivelmente mudado sem modificar as normas civis sobre a matéria, que, aliás, ainda insistem no conceito tradicional. Mudanças econômicas e sociais desenvolveram o referido instituto sem tocarem no seu conceito jurídico-legislativo, pelo menos sob a ótica civil. Assim percebem-se dois tipos de evolução jurídica: evolução da norma e da função. O direito como um todo é moldado pelas exigências sociais e composto por um ordenamento orgânico onde seus institutos estão conectados uns com os outros. Estas

conexões também são feitas por uma mesma função, não só por normas jurídicas. (BERCOVICI, 2001, p. 75)

2.3.2 Função social da propriedade na Constituição de 1988

Desde a Constituição de 1946, o legislador já tratava da função social da propriedade inspirando-se na inclusão de uma modalidade de desapropriação (por interesse social). Com o advento da Constituição de 1967 e com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a função social da propriedade foi incluída como um dos princípios da ordem econômica e social, que coexiste com o da propriedade como direito individual, cuja função é eminentemente social, restringindo-se à desapropriação para reforma agrária, nos moldes do artigo 161. (DI PIETRO, 2013, p. 134 e p. 135)

O art. 5º, XXIII, da Constituição impõe que a propriedade atenderá a sua função social. Desse modo, garante-se o direito a propriedade sob a condição de atingir sua função social. Assim, ao invés de ser um direito perpétuo e absoluto, revela-se condicionado e relativo. (FILHO, 2010, p.352).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p.818 e 819) se houver no espaço urbano em área incluída no Plano Diretor um imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado poderá, seu proprietário deve aproveitá-lo adequadamente, de acordo com o art. 182, § 4º, do contrário estará sujeito sucessivamente a parcelamento ou edificação compulsória, a incidência de imposto sobre propriedade predial e territorial urbana progressiva no tempo, e a desapropriação paga mediante Títulos da Dívida Pública, com prazo de resgate até 10 anos, assegurado seu valor real, em parcelas anuais e sucessivas. Já se existir na área rural um imóvel descumprindo sua função social, cujos elementos se encontram no art.186, da Constituição, poderá, com base no art.184, ser desapropriado com pagamento mediante Títulos da Dívida Agrária com cláusula de preservação de seu valor real, resgatáveis em até 20 anos em parcela anuais e sucessivas.

A Carta Política traz no bojo do art. 160, III a condenação da concepção absoluta de propriedade na qual o direito de usar, gozar e usufruir vai de encontro, senão ao desencontro do interesse alheio da sociedade. A Constituição não nega o direito de propriedade exclusiva, porém o condiciona ao bem-estar em geral. (DI PIETRO, 2013, p. 135)

O século XX presenciou uma crise, em face das complexidades das relações jurídicas. O Código Civil, não dava mais conta para interpretar as relações entre pessoas comuns na sociedade. As constituições modernas surgiram para oferecer proteção aos cidadãos contra o despotismo econômico, além de garantir-lhes maiores liberdades frente ao Estado. A

constituição passou a ser o centro do sistema jurídico vinculando toda legislação infraconstitucional. (LOUREIRO, 2003, p.90)

O atual Texto Magno, garante em seu art. 5º, XXII, o direito de propriedade. No inciso subsequente, determina que a propriedade atenda sua função social, corroborando sua inclusão entre os princípios da ordem econômica, cujo objetivo é o de assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. (DI PIETRO, 2013, p. 135 e p.136)

Quanto à propriedade urbana, a Carta Política estabelece em seu art. 182, parágrafo 2º, que ela somente cumprirá sua função social, quando atender as exigências fundamentais de ordenação da cidade dispostas no Plano-diretor, impostos às cidades que possuam número de habitantes superior a 20.000, considerando-as como instrumentos básicos de política de desenvolvimento e crescimento urbano. (DI PIETRO, 2013, p.136)

Tal norma apresenta coerência com as disposições do parágrafo 4º, que faculta ao Município se utilizar dos termos da lei federal, para penalizar o proprietário do solo que deixar de realizar o adequado aproveitamento, mediante Parcelamento ou Edificação compulsória; IPTU progressivo no tempo e até mesmo desapropriação com títulos da dívida pública emitidos pela União, com prazo de resgate de até 10 anos, acrescidos de juros legais. (DI PIETRO, 2013, p.136)

A Carta Política, igualmente impõe através de seu art. 186, que a função social da propriedade rural atenda cumpra-se segundo critérios e graus de exigências instituídos em lei, mediante aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância dos dispositivos que regulam as relações trabalhistas e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos que para eles laboram. O desatendimento do disposto no parágrafo anterior sujeita o proprietário à desapropriação para fins de reforma agrária prevista no artigo 184, salvo, se o mesmo tornar produtiva sua propriedade assegurando-lhe a função social. (DI PIETRO, 2013, p.136)

O conceito de função social, não pode ser interpretado de forma individualizada pelo intérprete. A função desempenha o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no âmbito de um sistema ou estrutura. Não basta ao jurista saber como o direito é feito, mas sim saber quais as consecuições dos objetivos que precisam ser alcançadas, porque todo direito tem a finalidade específica de salvaguardar o bem-estar social. (LOUREIRO, 2003, p.109)

O termo social, na acepção da palavra pode ser considerado como bem-estar social, utilidade social, interesse ou fim social. Quando fazemos alusões à proteção da propriedade em razão

da utilização produtiva dos bens, nos referimos à época dos “Estados fortes” que tinham como objetivo preconizado o desenvolvimento das economias nacionais. (LOUREIRO, 2003, p.110 e p.111)

Não há como pensar em exploração econômica sem que haja a devida preocupação com a distribuição de rendas. Impende salientar que outros bens, possuem nítidas funções sociais, mesmo que não se encaixem no conceito de bens de produção. (LOUREIRO, 2003, p.111)

Em verdade, o termo social, visa alcançar meios de estabelecer relações sociais mais justas em uma igualdade real. Portanto, para adimplir a função social não basta simplesmente dar um destino à produção ou um uso para o bem. Para tal, deve-se fazer o melhor uso possível dos recursos e coordenar o interesse particular com o coletivo. (LOUREIRO, 2003, p.112)

Francisco Eduardo Loureiro (2003, p.122) questiona: “o que é e qual é, efetivamente, a função social da propriedade? Não há resposta genérica e abstrata, uma vez que depende de cada ordem jurídica, em determinado momento histórico.” Frise-se que debates acerca da natureza da função social em qualquer âmbito da relação jurídica não possui neutralidade, porém produz importantes efeitos.

Sob a ótica de que a propriedade é um direito subjetivo com função social que a limita externamente, há que se aplicar o princípio da legalidade. Por outro lado, os que vislumbram a propriedade como relações jurídicas complexa admitem que suas limitações sejam regidas por atos administrativos.

2.3.3 Função social da propriedade no Código Civil de 2002

Após mais de uma década de vigência da Constituição de 1988 surgiu a Lei nº 10.406 de janeiro de 2002, mais conhecida como Código Civil de 2002. Como todo código, disciplinou relações próprias, mas foi além e abraçou os mesmos princípios sedimentados constitucionalmente. Por conta disso observa-se um diploma civil inovador, nunca antes visto nacionalmente. Ele interage com a dignidade da pessoa humana e muitos outros aspectos da Constituição. Houve um grande entusiasmo no ordenamento pátrio sobre a possibilidade de uma nova forma de interpretar e aplicar o Direito positivado, principalmente sobre a relação entre Direito Público e Direito Privado. (PEGHINI, 2009, p. 36 e p.37)

O Código Civil ocasionou grandes modificações no direito civil e uma das principais foi a colocação dos princípios sociais, especialmente a função social da propriedade. Muito diferente era o antigo Código de 1916 cujo valor fundamental era o patrimônio e, graças ao

individualismo e ao voluntarismo, o direito público não podia interferir no direito privado. (ANDRADE, 2014, p.174)

Um dos mais renomados administrativistas nacionais, Celso Bandeira de Mello, observa que o interesse público nada mais é do que a projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo. Ele rejeita a dissociação completa do público e privado e enfatiza que existem elementos de ligação entre seus interesses. (BINENBOJM, 2008, p.87 e p.89)

Antes era evidente a divisão entre direito público e direito privado para sistematizar e organizar as normas. Entretanto esses ramos precisaram se entrelaçar devido à dificuldade de normatização dos institutos e relações jurídicas da modernidade. O Direito Constitucional e o Direito Civil se encontraram naturalmente pela evolução humana.

Os conceitos de público e privado estão ultrapassados visto que não se encontram mais em categorias isoladas. Como decorrência disto, a estrutura basilar entre os particulares e o intérprete deixa de ser o Direito Civil somente passando a incluir a Magna Carta, como base fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. (PEGHINI, 2009, p. 55 e p.56)

Hoje é preciso reler o código civil à luz da constituição federal de 1988, para que possamos dar um conteúdo de maior eficácia às normas de direito privado. É isso que prega a teoria do direito civil constitucional onde afirma que a constituição, por ser uma norma hierarquicamente superior a todas as leis, possui valores que devem ser observados por todos os ramos do direito e, em especial, pelo direito civil e a propriedade. (ANDRADE, 2014, p.174 e p 175)

O Código Civil tratou da função social da propriedade no se art.1228, § 1º². A leitura do referido artigo mostra que o Código Civil não usou a expressão “função social da propriedade”. Mas expressou seu núcleo entendendo-a em sentido amplo como finalidade. Observa-se que o código contribuiu para que ao direito de propriedade fosse aceito como direito subjetivo fundamentado na Constituição contendo deveres por isso denominado poder-dever. (FARIAS, 2007, p.314)

Alguns civilistas, no entanto, consideram o §2º do art.1228 ultrapassado. A primeira razão é por ter situado o abuso de direito de forma subjetiva dependente de prova de culpa do proprietário, o que contaria a teoria finalista adotada pelo art. 187, do Código Civil. A satisfação dos anseios econômicos do proprietário é lícita a princípio. O abuso culmina no ato ilícito de exercício excessivo do direito subjetivo de propriedade lesionando sua finalidade social. A segunda razão é que o art.1228 apenas impõe limites negativos externos ao exercício

²Art. 1.228. § 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.

do direito quando veda a prática de atos emulativos. Isso não basta já que a função social da propriedade contém limites internos e positivos ao proprietário. (CHAVES, 2013, p.311)

Este tópico foi mencionado no Conselho de Justiça Federal no Enunciado nº49. Este por sua vez dita que o art. 1228, §2º deve ter interpretação restritiva com obediência ao princípio da função social da propriedade e em harmonia com o art. 187 da mesma lei. (CHAVES, 2013, p.312)

A função social da propriedade aparece no Código Civil como uma cláusula geral. Graças a isto o magistrado pode buscar o significado jurídico da norma, de acordo com contexto cultural da sociedade, julgando com base em casos concretos. Assim, a função social resulta sempre da ponderação entre valores morais justificados na Constituição, produzindo a norma caso a caso. (CHAVES, 2013, p.319)

Segundo Nelson Nery Junior, citado por Augusto Geraldo Teizen (2004, p.108-109), cláusulas gerais são normas orientadoras com a aparência de diretrizes, direcionadas principalmente ao magistrado, dando-o liberdade para decidir e ao mesmo tempo imprimindo uma vinculação. O que distingue cláusulas gerais de conceitos jurídicos indeterminados é a sua eficácia e finalidade. Os conceitos indeterminados, após o reconhecimento do juiz, conforme o caso concreto, remetem a uma solução já definida em lei. Enquanto isso as cláusulas gerais, uma vez diagnosticadas pelo juiz, deixam-lhe dar a solução que a ele parecer mais correta. Assim o juiz concretiza os princípios jurídicos gerais e constrói uma determinabilidade para os conceitos legais indeterminados. A função dessas cláusulas é mobilizar o Código Civil e concretizar seus princípios e seus conceitos indeterminados. (JÚNIOR, 2004, p. 108-109)

As cláusulas gerais quebram o método legislativo casuístico, caracterizado por conceitos rígidos e por uma linguagem clara e precisa. Esse método queria que a lei atingisse o maior número possível de situações cotidianas, isso praticamente tirava do juiz sua capacidade interpretativa transformando-o em mero repetidor da lei, “juiz boca da lei”. A partir do século XX houve a necessidade de uma legislação mais aberta com conceitos jurídicos indeterminados. Cláusula geral é aquela com elevado grau de generalidade e vagueza semântica. Devido a esta característica elas podem ser aplicadas a uma enorme quantidade de casos e o julgamento do juiz ganhou um maior grau de discricionariedade. (FARIAS, 2007, p.307 e p.309)

A natureza jurídica da cláusula geral não é de princípio nem de regra interpretativa, é uma norma jurídica emanando direitos e deveres. Suas vantagens são de dar maior mobilidade e

menos rigidez para as normas casuísticas. Evita que a lei civil fique engessada, desatualizada e morta. A desvantagem, talvez, seja seu grau de incerteza, devido a abertura do magistrado de crias a norma determinando seus conceitos. Pode oportunizar o recrudescimento de ideais sendo desviado por regimes totalitários ou pelo capitalismo extremado. O problema é o estabelecimento de seus limites. (JÚNIOR, 2004, p. 110-111)

Alguns doutrinadores, como Laura Beck Varela e Marcos de Campos Ludwig, negam que a função social da propriedade seja uma cláusula geral por considerarem que ela é destinada à atividade judicial. Na verdade ela é o vetor que guia o juiz na devida aplicação nos casos envolvendo direito de propriedade. Não é pelo fato do direito perpassar a atividade judicial que ele deixa de ser uma cláusula geral. Seu enquadramento deve ser o mais benéfico para conduzir a julgados que conciliem o conteúdo da norma com o caso concreto. (FARIAS, 2007, p.310 e p.311)

2.3.4 Bens alcançados pela função social

Indaga-se amiúde sobre quais bens a função social deve recair. O legislador constitucional, apesar de não especificar nos dispositivos que abrangem a função social sobre a propriedade móvel, esta lacuna foi preenchida pela doutrina. Hoje se admite que a incidência sobre o bem móvel possa ocorrer desde que tenha expressão econômica. (COSTA PEREIRA, 2013, p.253)

O saudoso mestre Orlando Gomes, entendia que somente bens produtivos seriam capazes de satisfazer interesses econômicos coletivos e que por isso, a função social se limitaria aos bens de produção ou produtivos. Eros Grau, mantém a consistência de tais entendimentos defendendo que nem todos os bens, apenas os produtivos podem obter alguma função social.

Muito embora as posições manifestadas pelos nobres doutrinadores sejam aceitas e festejadas, ainda assim carecem de contestações, pois o simples fato de um bem não ter caráter produtivo como um bem usado para a subsistência individual, não o afasta da incidência do princípio da função social. Isto porque a destinação econômica de um determinado bem é variável e diversificada. (GONDINHO, 2000, p.426 e p.427)

O núcleo das discussões acerca da propriedade sempre envolveu a sua função, que ao longo da história auxiliou na evolução do conceito de propriedade. A evolução do tema, não se deu de forma reta e uniforme, pois sofreu variações conforme o tipo de estado e sua postura perante os interesses da sociedade. (COSTA PEREIRA, 2013, p.253)

Por estar sempre em desenvolvimento, conclui-se que o instituto da propriedade não se restringe a noção clássica, pois ela também possui um caráter de possibilitar o atendimento às

necessidades individuais. A sociedade precisa preservar o meio ambiente, a cultura e o bem-estar, para o bem de sua própria existência. (COSTA PEREIRA, 2013, p.253)

Para tanto, a propriedade deve ser usada como instrumento de atenuação de desigualdades sociais e não apenas para satisfazer interesses econômicos egoísticos. Tanto o proprietário como o Estado por meio do Executivo, Legislativo e Judiciário são peças-chaves para harmonizar o direito fundamental da propriedade e o cumprimento da função social, ambiental e cultural da sociedade em benefício e dignidade do ser humano.

3 DESAPROPRIAÇÃO

3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Desapropriação se origina da palavra latina “propiu”. Organiza-se como um termo parassintético composto do prefixo “des” que relembra a ideia de afastamento, da vogal “a” que indica a passagem do tempo, do radical “próprio” e do sufixo “ção”. Desapropriar para os leigos significa tirar a propriedade de alguém, porém ela possui um significado mais técnico. A maior parte dos doutrinadores e da legislação considera desapropriação e expropriação como expressões sinônimas, incluindo Pontes de Miranda, por terem as mesmas raízes. . (SALLES, 2006, p.65)

O número de conceitos dados por autores é incontável para a matéria. Kiyoshi Harada (2014, P.14-15) selecionou algumas das conceituações mais importantes:

Desapropriação, segundo Pontes de Miranda,
“é a retirada da propriedade com indenização integral, a que a Constituição de 1967, art. 150, § 2º, 1º parte, exige ser prévia e justa”.

Para Hely Lopes Meirelles,

“desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular para o Poder Público ou seus delegados, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização e, ainda, por desatendimento a normas do Plano Diretor (desapropriação-sanção, art. 182, §4º, III, da CF), neste caso com pagamento de títulos da dívida pública municipal, aprovados pelo Senado Federal”.

Odete Medauar conceitua a desapropriação

“como figura jurídica pela qual o poder público, necessitando de um bem para fins de interesse público, retira-o do patrimônio do proprietário, mediante prévia e justa indenização”.

Na lição de José Cretella Junior, a desapropriação é

“ato pelo qual o Estado, necessitando de um bem particular, para fins de interesse público, obriga o proprietário a transferir-lhe a propriedade desse bem, mediante prévia e justa indenização”.

O que diferencia a desapropriação das limitações ao uso de propriedades, estabelecidas por normas de direito civil (direito de vizinhança) e normas de direito público (urbanísticas e administrativas), assim como das requisições de imóveis ou móveis importantes para a defesa passiva da população e a defesa ativa das forças armadas, é o aspecto da propriedade. O único que atinge a perpetuidade do direito da propriedade é a desapropriação que em troca entrega

indenização justa, exceto se for gleba nociva livre de qualquer indenização. Com um olhar crítico sob a Constituição de 1988 é eminente à constatação de três hipóteses de desapropriação: desapropriação para propriedades que cumprem a sua função social, a de propriedades urbanas e rurais que não cumprem a função social e a de propriedades nocivas à coletividade. Como a prévia e justa indenização não é exigida constitucionalmente para todos os casos de desapropriação, conclui-se que os conceitos tradicionais fogem da realidade prática. (HARADA, 2014, p.15-16)

Para Maria Zanella Di Pietro (2015, P. 2015) desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização.

Segundo Marçal Justen Filho (2014, p.630), “desapropriação é um ato estatal unilateral que produz a extinção da propriedade sobre um bem ou direito e a aquisição do domínio sobre ele pela entidade expropriante, mediante indenização justa.”

Kiyoshi Harada (2014, p.14) oferece um conceito amplo para a desapropriação: instituto de direito público consistente na retirada da propriedade privada pelo Poder Público ou seu delegado, por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante o pagamento prévio da justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV da CF), por interesse social para fins de reforma agrária (art. 184 da CF), por contrariedade ao Plano Diretor da cidade (art. 182, §4º, III, da CF), mediante prévio pagamento do justo preço em títulos da dívida pública, com cláusula de preservação de seu valor real, e por uso nocivo da propriedade, hipótese em que não haverá indenização de qualquer espécie (art.243 da CF).

Desde logo, por razões terminológicas. Desapropriar é desfazer a apropriação, é privar, é suprimir direitos. Nada no termo induz à idéia de que o instituto esteja necessariamente ligado à constituição de direitos em favor do Estado. Há, porém, razão, mais séria para desvincular as idéias de desapropriação e de aquisição estatal de direitos. Aquela, enquanto mecanismo jurídico, surgiu com o objetivo muito preciso: proteger os indivíduos, quando devam ser privados de seus direitos. A indenização e o controle judicial, ínsitos á desapropriação (ao menos no Brasil), constituem proteção ao particular. É porque o atingido vai perder patrimônio – valor especialmente tutelado em nossa sociedade – que se manda indenizar e se exige intervenção do Juiz. Todo problema da desapropriação radica, portanto, na circunstância de que ela suprime direitos. (SUNDFIELD, p. 41, 1993)

A desapropriação difere da compra e venda e com ela não se confunde. A compra e venda é bilateral e ocorre quando duas partes fazem um acordo de vontades sobre a coisa e o preço a ser pago por ela. A desapropriação é unilateral, pois o Estado suprime a propriedade privada sem esperar qualquer permissão de quem detém o domínio. É possível que haja concordância quanto ao valor da indenização se um ato de fixação da indenização acompanhar o ato da desapropriação em si. A desapropriação tem dois efeitos básicos, ela extingue a propriedade

sobre um bem ou direito e também causa a aquisição de domínio. No entanto, não gera transferência de propriedade. Esta questão é de grande relevância para a configuração de modo de aquisição originário. Modo originário de aquisição de propriedade não repassa caracteres e defeitos pertencentes a antiga relação jurídica. Outro ponto é a diferença entre desapropriação e confisco. Este último é admitido no direito nacional somente se o bem é resultante de uma atividade criminosa. Trata-se de um ato unilateral que extingue o domínio sem compensação alguma. (JUSTEN FILHO, p. 631-632)

Determinar a natureza jurídica de um instituto é fixar o local em que ele se encontra no sistema jurídico, sendo área pública ou privada. Escolher uma natureza para a desapropriação é um dificultoso trabalho, visto que ela abarca uma forma procedimental extensa e recheada de peculiaridades. Antes de qualquer coisa, não procede limitar-lhe apenas a fase administrativa ou a fase judicial. Sendo uma série de atos, e não um único pode-se dizer que ela é um procedimento administrativo complexo prosseguindo em duas fases, uma administrativa e outra executória ou judicial. Só há transferência de propriedade após ser firmado e registrado, em escritura pública, um acordo de desapropriação amigável ou, depois de registrada, no cartório de registro de imóveis competente, uma sentença que fixe a indenização. A fase administrativa isoladamente não transfere nada. Apesar de localizar-se no Direito Constitucional e no Direito Administrativo, o instituto em estudo não pertence ao direito público genérico. A desapropriação possui fundamentos constitucionais e conta com um ato administrativo como pressuposto (declaração expropriatória), além de ter uma fase administrativa, mas a desapropriação vai se fechando em rumo ao Direito Civil, com a escritura pública de desapropriação amigável, ou em rumo ao Direito Processual Civil, com a desapropriação judicial para poder transferir a propriedade ao expropriante. É pertinente elucidar que o modo originário de aquisição não é a natureza jurídica da desapropriação, este compõe seu conteúdo. É certo que o conteúdo faz parte da natureza, mas não basta para defini-la. Quase todos consentem que a desapropriação seja um procedimento jurídico complexo. Jurídico significa não só técnico, e, complexo significa que se infiltra em várias disciplinas jurídicas do ramo público e privado. Assim, a natureza deste instituto é definida como um procedimento jurídico complexo que perpassa conteúdos constitucionais, administrativos e de direito processual civil. (ARAÚJO, 2014, p.1149-1151)

Marçal Justen Filho (2014, p.630) defende que “desapropriação não é um procedimento, mas um ato. Mas esse ato pressupõe, inseparavelmente, um procedimento prévio. A desapropriação é o ato final desse procedimento”.

Procedimento é composto de uma série de atos e atividades formais visando atingir um objetivo traçado. Considerando-se que a desapropriação seja um procedimento, e não um simples ato, tanto o Poder Público quanto o proprietário devem dar origem atos para que a desapropriação se concretize. Para proteger ambas as partes é vital que os atos sejam devidamente formalizados. Na maior parte do tempo este procedimento contém duas fases, uma administrativa e uma judicial. Na primeira a Administração Pública expõe seu interesse na desapropriação e para isto toma providências iniciais. A segunda fase tem segmento se não houve acordo com o proprietário, o que quase sempre ocorre. Neste caso, o procedimento estende-se a fase judicial representada pela ação que o Estado move contra o proprietário. (FILHO CARVALHO, 2014, p. 831)

3.2 HISTÓRICO DO TEMA

3.2.1 Histórico geral

Antes de percorrer o núcleo do instituto da desapropriação é importante citar algumas atmosferas históricas em que se deu que sua evolução se deu. Isto porque a desapropriação é intimamente relacionada ao tipo de governo presente e a maneira com a qual este lida com o direito da propriedade. Em comparação com os Estados democráticos, estados autoritários adentram com mais frequência na esfera particular.

De acordo com Fernando Alves Correia, citado por Wilton Luís da Silva Gomes (2009, p.14) é elementar o entendimento da desapropriação em conjunto com a propriedade e o Estado, dois elementos que a atingem diretamente.

Não há unanimidade na doutrina quanto à presença do referido instituto no período romano. Em resumo, há três correntes sobre a existência ou não da desapropriação nesta época. A primeira delas defende que a prática é incompatível com o caráter inviolável, sagrado e absoluto da propriedade no Direito Romano. Segundo outros as grandes obras daquele tempo já seriam, por si só, prova de existência. A terceira teoria sustenta que, devido a falta de regras e controles, não existia desapropriação, mas mero exercício de império da Administração Pública. O mero ato de transferir a propriedade compulsoriamente, mesmo indenizando, não basta para provar que ela já existia. Para ter este nome a obediência às regras expropriatórias é peça indispensável. (GOMES, p.15-18)

Todavia, é claro que, mesmo que os romanos não tivessem conhecimento do instituto do modo como ele é atualmente, eles “sentiram” o fenômeno expropriatório. O povo que construiu obras públicas monumentais, muito provavelmente deparou-se com a resistência de particulares por elas afetados. Por sua vez, Pontes de Miranda expõe que a retirada dos bens sofrida pelos súditos não era desapropriação tecnicamente falando. Para ele os romanos se

conscientizaram do instituto mesmo sem sistematiza-lo. Euríco Sodré compartilha da mesma opinião. (SALLES, 2006, p.67)

Durante a Idade Média o direito de propriedade sofre muitas mudanças, assim como o panorama do poder estatal. O suserano detinha direito real absoluto sobre os bens de todos os indivíduos e frequentemente, subtraía a propriedade do particular. Mesmo com a forte autoridade soberana, a doutrina da expropriação avançou ao considerar a indenização caractere essencial deste instituto. Ainda não se encontra a atual concepção da desapropriação, haja vista a variação dos valores da indenização e a inexistência de uma normatização legal. Com a crise do feudalismo surgiu o Estado Absolutista em que o poder se encontrava nas mãos da monarquia. Não havia qualquer repartição vertical ou horizontal de poderes. O soberano detinha competência para julgamento, legislação e governo. A propriedade era dos súditos por concessão do monarca. Neste molde de Estado, se por acaso a desapropriação fosse indenizada, seria arbitrariamente e sem levar em conta o real valor do bem. As revoluções da burguesia se opuseram ao absolutismo em defesa da liberdade, igualdade e fraternidade. A desapropriação foi sensivelmente tocada por essas transformações haja vista que o poder estatal foi limitado. (GOMES, 2009, p.20-24)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte da França a 26.08.1789, aceita pelo Rei a 03.10.1789 e promulgada em 3 de novembro desse mesmo ano, consagrou a propriedade como inviolável e sagrada, só permitindo que alguém fosse privado da mesma apenas nos casos de manifesta necessidade pública e mediante justa e prévia indenização. (SALLES, 2006, p.69)

De acordo com José Carlos de Moraes Salles (2006, p.69), a partir daí o dever de respeito do Estado perante a propriedade privada foi alçado a princípio constitucional. O ente estatal só pode retirar algo do particular por meio de indenização prévia e justa e com comprovação da necessidade pública. Dessa maneira, foi a Revolução Francesa a responsável pela desapropriação usada hoje.

3.2.2 Histórico no Brasil

Um breve esboço histórico legislativo acerca da desapropriação no direito nacional, do Império até os dias de hoje é útil ao estudo do instituto.

A primeira vez que um diploma legal regulou a desapropriação ocorreu com o Decreto de 21.5.1821. Este determinou que ninguém poderia retirar a propriedade do outro, independente das demandas do Estado, sem antes ajustar o preço a ser pago para entrega-la. Depois disso, a Constituição Política do Império do Brasil de 25.03.1824, em seu artigo 179, inciso XXII, protegeu todos os aspectos do direito de propriedade e toda sua plenitude, porém, se houver exigência do bem particular pelo bem público, o cidadão receberá previamente um valor justo

indenizado. Esta Carta deixou uma lei ordinária a cargo de definir os casos de desapropriação, a Lei nº 422, de 9.9.1826. Os casos de desapropriação por necessidade e utilidade pública foram enumerados e mantidos posteriormente por muito tempo, não prevalecendo no Código Civil de 1916. O artigo 72, § 17, da Constituição de 24.02.1891 deixou o direito de propriedade plenamente assegurado exceto por expropriação por utilidade pública ou por necessidade pública através de prévia indenização. (DI PIETRO, 2015, p.199)

Em 1903 surgiu o Decreto 4.956 que modificou o processo expropriatório por utilidade ou necessidade pública para obras da União e do Distrito Federal, regulando o assunto até a aparição do Decreto 3.365 de 1941. O antigo Código Civil Brasileiro ou Lei 3.071 de 1.1.1916 tratou a desapropriação como uma das formas de perda da propriedade imóvel e enumerou no artigo 590 hipóteses de desapropriação por utilidade pública e necessidade pública. (SALLES, p. 73)

Na Carta de 16.7.1934 a expressão “em toda sua plenitude” foi retirada e ao referido direito foi garantido seu exercício, a menos que seja contra interesse social ou coletivo. Além de prévia, agora a indenização precisaria ser justa, exigência excluída na constituição de 1937. (DI PIETRO, 2015, p.199)

Em 1939 o Decreto-lei 1.1283 mudou alguns pontos do processo como a indicação da causa determinante por decreto do Executivo, a vedação de averiguação pelo Judiciário das da presença ou não dos casos de expropriação e o depósito do preço devido a dúvida sobre domínio. (SALLES, 2006, p.75)

O Decreto-lei nº 3.365, de 21.6.41, durante a vigência da Carta de 1937, juntou em uma só modalidade, a de utilidade pública, os casos de necessidade e utilidade pública do artigo 590 do Código de 1916. Este diploma normativo foi alterado inúmeras vezes e até hoje controla a desapropriação por utilidade pública no Brasil. (DI PIETRO, p. 199-200)

Outras normas jurídicas relacionadas à desapropriação surgiram e alguns modificaram o Decreto-lei 3.365/1941. São eles: Decreto-lei 9.811/1946, Lei 2.786/1956, Lei 4.686/1965, Decreto-lei 271/1967, Decreto-lei 856/1969, Decreto-lei 1.075/1970, Lei 6.071/1974, Lei 6.306/1975, Lei 6.602/1978, Lei 6.766/1979, Lei 6.825/1980, Lei 9.785/1999 e Medida Provisória 2.183-56 de 2001. (SALLES, 2006, p. 76-77)

Em 1946, a Constituição exigia que a indenização fosse prévia, justa e em dinheiro. O artigo 147 previa a justa distribuição da propriedade em consonância com a idéia de supremacia do interesse social que então prevalecia. Foi nessa Constituição que se instituiu a **desapropriação por interesse social**, sob inspiração do princípio da função social da propriedade, embora não se empregasse essa expressão no texto constitucional. Os casos de desapropriação por interesse social foram previstos na lei nº 4.132, de 10-9-62. (DI PIETRO, p.200)

Esta Constituição foi muito importante, pois estabeleceu que a indenização será dada em dinheiro, além de ter previedade e justiça. Sob a sua égide foram editados a Lei 3.833/1960, o Decreto 53.700/1964, a Lei 4.504/1964, a Lei 4.519/1964, a Lei 4.593/1964, o Decreto 57.419/1965 e o Decreto-lei 223/1967. (SALLES, 2006, p. 76-78)

A Constituição de 24.1.1967 preservou os mesmos casos de desapropriação. Alguns diplomas legais editados durante a vigência dessa Carta são: Decreto-lei 227/1967, Lei 5.508/1968, Ato Institucional nº9, de 25.4.69, Decreto-lei 512/1969, Lei 6.160/1974, Lei 6.513/1977, Lei 6.825/1980, Decreto-lei 1.864/1981, Decreto-lei 89.496/1984 e Lei Complementar nº88, de 23.12.96. (SALLES, 2006, p. 79-80)

A Constituição de 1988 gerou grandes inovações sobre a prática da desapropriação principalmente com o art. 5º XXIV³, art. 22 II⁴, art. 182 III⁵, art. 184⁶, art. 185⁷ e art. 243⁸.

³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;

⁴Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

II - desapropriação;

⁵Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

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

⁶Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

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

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

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

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

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

⁷Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

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

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

⁸Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

A Lei nº 8.257, de 26.11.91 regulou a desapropriação de glebas contendo culturas ilegais de plantas psicotrópicas, normatizada pelo Decreto 577 de 1992. A Lei Complementar 76/1993 dispôs sobre o rito sumário e seu procedimento contraditório especial no caso de desapropriação de imóvel rural para a reforma agrária, por interesse social. O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.7.01) normatizou os artigos 182 e 183 da Carta Magna. Este propôs diretrizes gerais para a política urbana, possibilitando que o Município desapropriasse, visto o descumprimento da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização do imóvel, preconizado nos artigos 5º e 6º. A Medida Provisória 2.183-56/2001 provocou várias transformações no Decreto-lei 3.365/1941 e n Lei 8.629/1993. A Lei 10.406 de 10.1.2002 ou Código Civil brasileiro de 2002 tratou do direito de preferência na retrocessão; da conservação dos direitos dos credores, sobre o valor da indenização, se a coisa obrigada à hipoteca ou privilégio for desapropriada; da extinção das servidões pela desapropriação; da sub-rogação no ônus do usufruto, em lugar do prédio e da indenização a ser paga por desapropriação, do vencimento da dívida, em caso de desapropriação do bem dado em garantia, com depósito da parte do preço para pagar integralmente o credor, etc. Além desses, outros diplomas nasceram, entre eles, a Lei 8.629/1993, a Lei Complementar 93/1998, a Lei 9.785/1999 e a Lei 9.871/1999. (SALLES, 2006, p.82-83)

3.3 ELEMENTOS DA DESAPROPRIAÇÃO

3.3.1 Pressupostos

A Carta Magna nos art. 5º, inciso XXIV, e no art. 184 aponta três pressupostos para a desapropriação: necessidade pública, utilidade pública e interesse social. Para a doutrina há necessidade pública diante de um problema eminente que não pode ser ignorado pela Administração pública. A resolução do infortúnio necessita da incorporação do bem ao domínio estatal. Já utilidade pública existe pela conveniência e vantagem da propriedade para o interesse geral. Os interesses sociais estão ligados à obtenção de melhores condições de vida para as populações mais pobres para evitar a concentração de riquezas. (DI PIETRO, p. 210, 2015)

A legitimidade da expropriação depende da presença de seus pressupostos constitucionais. Pressupostos são as situações genéricas cuja ocorrência permite a desapropriação. Para que se legitime a transferência de propriedade deve haver situação de utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social, em conformidade com o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

A presença destes pressupostos é condição para a legitimidade da expropriação. Quando a desapropriação do bem é conveniente para a Administração Pública afigura-se a utilidade pública. Ocorre necessidade pública quando há situações emergenciais que precisam do bem para chegar a uma solução. Tudo que é necessário é útil, mas nem tudo que é útil é necessário. Ou seja, apesar da Constituição fazer referência a ambas, utilidade é mais ampla e contém a necessidade. (CARVALHO FILHO. p. 832, 2014)

Convém mencionar que o Decreto-Lei n° 3.365/1941 somente utiliza, de forma genérica, a expressão ‘utilidade pública’, tanto para os casos ensejadores de desapropriação que configuram situações emergenciais, quanto para os casos de simples conveniência para o poder Público. Entretanto, como a própria Constituição utiliza a expressão “necessidade pública” (art. 5º, XXIV), não podemos concluir que esse conceito tenha deixado de existir. A solução que nos parece mais razoável é adotar a distinção entre utilidade e necessidade pública, para efeitos didáticos, mas considerar que utilidade pública, nos termos da lei, é uma denominação genérica, que abrange todos os casos de desapropriação não enquadrados como de interesse social, incluídos os casos doutrinariamente classificados como de necessidade pública. De qualquer forma, o importante é ressaltar que o regime jurídico da desapropriação por utilidade pública ou por necessidade pública é o mesmo e um só. (ALEXANDRINO, p.600-601, 2007)

É a lei e não a Administração Pública que define as hipóteses de necessidade pública. A simples menção do pressuposto não é o suficiente, é preciso demonstrar em qual dispositivo legal se encontra o caso de desapropriação. As hipóteses de desapropriação por necessidade pública do art. 590, § 1º, do Código Civil de 1916 não foram repetidas no Código de 2002. Em suma, a legislação ordinária, Decreto-lei n° 3.365, reclassificou as hipóteses de utilidade pública, encaixando na categoria de utilidade pública os casos que antes eram de necessidade e utilidade pública. (DI PIETRO, p. 211, 2015)

A função social da propriedade tem especial realce na desapropriação por utilidade pública. Ela objetiva diminuir as desigualdades da coletividade, como por exemplo, a reforma agrária. Os pressupostos acima externados mostram-se conceitos jurídicos indeterminados. Há uma imprecisão apriorística nas expressões interesse social e necessidade, por isso dependem de suas respectivas leis para previsão de hipóteses. (CARVALHO FILHO. p. 832, 2014)

As hipóteses de **utilidade pública** estão mencionadas no artigo 5º do Decreto-lei n° 3.365/41, o qual, na letra *p*, menciona “os demais casos previstos por leis especiais”; o disposto nessa alínea é que tem servido de fundamento para a tese de que as hipóteses de desapropriação são apenas as **taxativamente** previstas em **lei**, não havendo possibilidade de o Poder Executivo criar outras, ainda que, a seu ver, se insiram no conceito doutrinário de utilidade pública. (DI PIETRO, p. 211, 2015)

Segundo o entendimento de Seabra Fagundes, na realidade este três pressupostos podem ser reunidos em único conceito de utilidade pública, cuja simples menção seria o suficiente para incorporar a propriedade privada. Entretanto a tripartição serve para dissecar o grau de interesse de cada expropriação conferindo uma maior seguridade ao procedimento. (MEIRELLES, p. 684, 2013)

Essa questão gera diversas opiniões para os autores. Para alguns tudo se resume a utilidade pública. Outros elogiam a utilidade desta tricotomia. A tripartição é útil, pois, elucida melhor as hipóteses em que o direito de propriedade, protegido constitucionalmente, dá lugar á desapropriação. A desapropriação por interesse social não foi prevista no Decreto-lei nº3.365/41, este cuida da desapropriação por utilidade pública. A primeira normatização do interesse social veio com a Lei 4.132/62 acompanhada da Lei 4.504/64. Depois o Estatuto da Terra, ou Lei complementar 76/93, revogou o Decreto-lei 554/69. Enquanto que a Lei 8.629/93 regulou a reforma agrária. (SALLES, p. 92-93, 2006)

3.3.2 Fontes normativas e espécies

A Constituição separa um espaço considerável para tratar da desapropriação que resulta na retirada compulsória de um bem privado pelo equivalente monetário ou em títulos públicos. O artigo 5º, XXIV, da Constituição é o fundamento geral para o instituto, pois concede ao Estado poder para desapropriar em casos de interesse social, utilidade pública e necessidade pública. O princípio da justa e prévia indenização em dinheiro foi assegurado, ressalvando casos em que ela pode ser realizada em títulos públicos. Apenas a Constituição pode apontar quando a indenização não é em dinheiro. (OLIVEIRA, 2001, p. 98)

O art. 5º, XXIV, da Magna Carta é a fonte primária da desapropriação ordinária ou comum. Seus termos são: “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 nessa Constituição”. Junto a ela, duas leis reguladoras do texto constitucional pedem destaque: o Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, chamada de lei geral da desapropriação que aborda situações de desapropriação por utilidade pública, enumerando seus casos no seu art. 5º⁹, e, a Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962 dispendo

⁹Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;

sobre hipóteses de desapropriação por interesse social, elencando seus casos no art. 2º¹⁰. (CARVALHO FILHO, p. 833, 2014)

Uma questão muito importante a ser examinada envolve a lista de hipóteses expropriatória de utilidade ou necessidade pública e interesse social. A enumeração legal dos casos de desapropriação é enumerativa ou exemplificativa?

Pontes de Miranda, em seu livro (*Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. Tomo V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1967), citado por José Carlos de Moraes Salles (p. 95, 2006) entende que é exemplificativa. Se os casos foram limitados demais pela lei ordinária, existindo situações de necessidade pública, utilidade pública e interesse social que não foram escritos, é preciso discutir se o expropriante pode suscitar a inconstitucionalidade da lei ou se até mesmo à enumeração é deficiente. É a justiça que explora diretamente os conceitos e pressupostos constitucionais da desapropriação, pois a listagem legislativa é superficial. Na verdade, as regras jurídicas exemplificativas existiriam mesmo que seu caráter não esteja explícito. Eurico Sodré, J. M. de Carvalho Santos, J. Guimarães Menegale, R. Limongi França, Rubens Pestana de Andrade seguem o mesmo diapasão. Para Eurico Sodré a lista do Decreto-lei n/ 3.365/41 é mais extensa que o Código Civil e as leis anteriores. A enumeração não seria taxativa, e sim exemplificativa, devido à imprevisibilidade das circunstâncias.

Sob outra ótica, Helly Lopes Meirelles, J. Oliveira e Cruz, Caio Tácio, Carlos Medeiros da Silva e Firmino Whitaker consideram taxativa a enumeração legal. J. Oliveira e Cruz entende que o decreto-lei preservou o caráter exemplificativo da utilidade pública para conter o

l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;

m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;

n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

p) os demais casos previstos por leis especiais.

¹⁰ Art. 1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal.

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

impulso dos administradores de encenar novos casos. Argumentos a favor da taxatividade destacam os malefícios do caráter exemplificativo, pelo qual o Poder Público invocaria utilidade ou necessidade pública abusivamente, sem real necessidade. (SALLES, p. 93-94, 2006)

Os casos ensejadores de desapropriação acham-se taxativamente relacionados, por lei, em dois grupos: o primeiro com fundamento em necessidade ou utilidade pública, o segundo, em interesse social. Todos, porém, definidos pelas leis federais que os enumeram e sem a possibilidade de ampliação por norma estadual ou municipal. (MEIRELLES, p. 686, 2013)

José Carlos Moraes Salles (p. 96-97, 2006) é adepto da enumeração exemplificativa. Senão seria impossível desapropriar quando não houvesse previsão legal mesmo com a clareza da necessidade ou utilidade da obra promovida pela Administração Pública. Para ele, estes argumentos são falhos, já que não cabe ao Judiciário decidir se há ou não utilidade pública no decorrer do processo expropriatório. Esta investigação pode ser feita através de ação direta prevista no art. 20 da lei geral de desapropriação.

Existem mais três espécies de desapropriação, além da comum: a desapropriação urbanística sancionatória, a desapropriação rural e a desapropriação confiscatória. A desapropriação urbanística sancionatória é como uma penalidade para o proprietário de solo urbano que deixa de aproveitar adequadamente sua propriedade. O Poder Público desapropria para atender as necessidades urbanísticas do solo estabelecidas no plano diretor municipal. O art. 182, § 4º, III, da Constituição, somado a Lei n° 10.257/2001, ou Estatuto da Cidade, em seu artigo 8º, aborda o processamento dessa modalidade. O Distrito Federal (pelo artigo 32, § 1º, da CF) e os Municípios editaram leis municipais, individuais para suas áreas de concretização de ações de política urbana, já inclusas no plano diretor. A desapropriação rural atinge imóveis rurais em proveito da reforma agrária. Simplesmente é um tipo específico de expropriação por interesse social. Promove o cumprimento da função social sob pena de perda da propriedade. É a União, exclusivamente, que pode efetuar esta modalidade expropriatória e, assim como a desapropriação urbanística sancionatória, não é paga com dinheiro, mas com títulos. Não obstante um Estado membro não ter capacidade para desapropriar imóvel de reforma agrária, pode realizar as outras espécies de desapropriação ordinária por interesse social que não esta. Os artigos 184 e 191 da Constituição cuidam da disciplina básica da desapropriação rural, e, são complementados por duas leis: a Lei n° 8.629/93 e a Lei Complementar n° 76/93. A primeira expõe o sentido de propriedade produtiva, a distribuição dos imóveis rurais, distingue solo e benfeitoria para fins de indenização, dentre outros aspectos. A segunda regulamenta o art. 184, § 3º, da Carta Magna, descrevendo o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para a expropriação de imóvel rural por interesse social para fins de

reforma agrária. O art. 243 da Constituição cuida da desapropriação confiscatória, enquanto seu processo é tratado pela Lei nº 8.257 de 26 de novembro de 1991. Diferente das duas últimas, esta não tem caráter sancionatório e não há qualquer tipo de indenização pela perda do proprietário. Ocorre quando na propriedade estão presentes culturas ilegais de plantas psicotrópicas. (CARVALHO FILHO, p. 833-834, 2014)

3.3.3 Objeto

Para ser objeto de desapropriação é necessário que seja objeto de propriedade. Assim, bens móveis, imóveis, corpóreos, incorpóreos, e até mesmo direitos podem ser desapropriados. No entanto, direitos personalíssimos, como liberdade, honra, dentre outros, não possuem conteúdo econômico patrimonial, sendo manifestações da personalidade do indivíduo. Por este motivo não são desapropriados. O dinheiro também não pode ser desapropriado. Este é moeda corrente no país usado para pagar a própria indenização expropriatória. Ademais, dinheiro estrangeiro e moeda rara são desapropriáveis. É impossível desapropriar pessoas, apenas seus bens e direitos acionários. As pessoas não são objeto da desapropriação, e sim, sujeitos dela. Empresas, sociedades, fundações, concessionários de serviço público, igualmente são desapropriáveis, exceto seus bens e direitos. Segundo o artigo 2º, § 2º do Decreto-lei nº 3.365/194,¹¹ bens públicos precisam seguir certas condições para serem desapropriados. Bens de Estados, Municípios e Territórios podem ser desapropriados pela União e, bens municipais podem ser desapropriados pelos Estados, mas a recíproca não procede. Mas, para isso se permitido, é indispensável lei autorizadora. (MELLO, p. 900-901, 2015)

Assim, o Estado e o Município só podem desapropriar bens situados em seus respectivos territórios, enquanto a União pode desapropriar bens em qualquer parte do território nacional. Fora desses limites qualquer desapropriação será nula. (GASPARINI, p. 929, 2012)

O artigo 2º, §2º tem sido criticado pela doutrina. A possibilidade de a União desapropriar bens municipais (assim como o Estado) e bens estaduais ofenderia o princípio da autonomia dos Estados e Municípios. Entretanto, isso decorre do poder da soberania estatal, pela qual os interesses da União superam os interesses regionais. (DI PIETRO, p. 212-213, 2015)

Bens das autarquias dos Estados e da União não podem ser desapropriados por Municípios. Autarquias federais não podem ser desapropriadas pelos Estados. Ações, cotas e direitos do capital de institutos e empresas, que dependem de autorização do Governo Federal para

¹¹Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

§ 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

funcionarem, necessitam de autorização anterior do Presidente da República, através de decreto, para serem desapropriadas. (MELLO, p. 901, 2015)

Em relação ao espaço aéreo e ao subsolo, em regra não são desapropriáveis. Mas, é permitido em casos excepcionais de necessidade, quando seu uso prejudicar o patrimônio do proprietário do solo, de acordo com o §1º do artigo 2º da lei geral. (CUNHA JÚNIOR, p. 415, 2014)

O texto constitucional não foi claro sobre a possibilidade da desapropriação não incidir sobre certos bens. Na desapropriação para reforma agrária, propriedades produtivas e pequenas e médias propriedades rurais, desde que o proprietário não tenha outras, são excluídas. A disponibilidade para desapropriação de alguns direitos é definida pelo seu conteúdo econômico. Outros direitos por ser personalíssimos e ligados à personalidade natural são irrenunciáveis e indisponíveis, como o nome, a imagem e a honra. Bens imóveis, por seu turno, são suscetíveis à desapropriação, desde que não possam ser achados no mercado e adquiridos por licitação. O princípio constitucional da licitação seria infringido se houvesse desapropriação para incorporar bens livres facilmente encontrados no mercado. Analisando o texto magno, sob outra ótica, é possível perceber que o legislador constituinte firmou três tipos diferentes de bens para efeito indenizatório. A primeira categoria é de bens que cumprem a sua função social e por isso a indenização será dada em dinheiro. Uma segunda categoria é formada por bens incompatíveis com a função social. São imóveis urbanos e rurais que não atendem sua função social. Aqui as indenizações são realizadas em títulos públicos com 10 anos para resgate se urbano, e 20 anos, se rural. O motivo para este modo de indenizar é a falta de destinação social, contaria a visão atual de propriedade na Constituição. A terceira contém bens com destinação, porém ilegal. O artigo 243 expropria glebas rurais onde podem ser encontradas culturas ilícitas e ilegais de plantas psicotrópicas. Nenhuma indenização é prevista. Mesmo que o direito pátrio considere desapropriação e expropriação sinônimas, neste caso o bem não é substituído por nada, não sendo, para parte da doutrina, desapropriação. Para alguns doutrinadores desapropriação de diferencia de expropriação por ter indenização vinculada. No entanto o artigo 243 da Constituição não pode separar estes conceitos porque se trata se uma forma isolada de desapropriação e não uma única forma de desapropriação. (OLIVEIRA, 2001, p. 99-100)

A desapropriação de bens públicos obedece as seguintes regras: a União pode desapropriar bens pertencentes aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios e os estados podem desapropriar bens municipais dentro de seu território. Não há debate sobre este aspecto, no entanto grande parte da doutrina fundamenta esse critério de forma equivocada. O argumento

seria de que há hierarquia entre os entes estatais o que faria entes maiores desapropriar bens dos entes menores. Porém esta premissa é inconstitucional. O Brasil adota a forma federativa de estado e o município é titular de autonomia. Se há autonomia então não se fala em hierarquia. O melhor argumento para basear nossa forma de desapropriação de bens públicos é o critério da predominância de interesses. O interesse nacional, dado a União, prevalece perante os interesses regionais dos estados e os interesses locais municipais. O interesse regional esta acima do interesse local. Não existe previsão expressa em lei sobre a desapropriação indireta. Ela é resultado de doutrina e jurisprudência. A Administração Pública ao ocupar um bem particular, dando a ele afetação pública, essa destinação impede que haja reivindicação do bem pelo dono. O proprietário só poderá buscar a indenização ampla da desapropriação comum. Aqui há claro choque entre interesse público e privado. Mesmo que tenha ocorrido ilegalidade do Poder Público, o proprietário do bem não pode ter a reintegração se ele já estiver afetado. É importante frisar que a ação possessória contra o Estado não está vedada, contanto que o bem não possua destinação pública. A doutrina moderna atualizou o conceito de desapropriação indireta para abarcar os casos de intervenções lícitas na propriedade que, em tese, são parciais, mas, na prática comprometem significativamente o seu conteúdo econômico. Por exemplo, se uma limitação administrativa ou uma servidão administrativa, que normalmente são tipos de intervenção parcial na propriedade, impossibilitarem a destinação econômica ao bem, é racional considera-las desapropriações indiretas. Com isso, o proprietário poderá ser amplamente indenizado pelos danos sofridos. (OLIVEIRA, 2001, p. 101-103)

3.3.4 Forma de aquisição

Um bem pode ter aquisição originária ou derivada. A aquisição é dita originária quando o fato jurídico em si transfere a propriedade, sem precisar de um título jurídico que tenha o antigo proprietário como titular. Por exemplo, animais conseguidos por caça ou pesca. Diversa é a aquisição derivada, que decorre da vontade de outra pessoa. Neste caso o transmitente é tão necessário quanto o adquirente, como nos negócios jurídicos bilaterais. Pela sua forma de consumação a desapropriação é um modo de aquisição originária da propriedade já que apenas a vontade estatal realiza o fato gerador que a transfere. A vontade do proprietário não é relevante. A desapropriação é o ponto de largada do caminho para futuras transferências do bem. (CARVALHO FILHO, p. 839 - 840, 2014)

José Cretella Júnior, mencionado por José Ailton Garcia (p. 12, 2015) registra que: “a desapropriação é aquisição originária da propriedade, porque o proprietário, no primeiro

momento, perde a propriedade, deixa de ser dominus, ocorrendo solução de continuidade entre a perda e a posterior aquisição”. (DI PIETRO, p. 2010)

Dessa premissa surgem dois importantes efeitos. O primeiro consiste na irreversibilidade da transferência, ainda que indenizado tenha sido terceiro que não o dono do bem desapropriado. Ademais, com a desapropriação consideram-se extintos os direitos reais de terceiros sobre a coisa. Nesse sentido, aliás, consta no artigo 31 da Lei geral expropriatória: “Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.” Como exemplo, temos o caso da hipoteca: O credor hipotecário terá seu direito real substituído pelo preço total ou parcial da indenização; esta, dependendo da hipótese, poderá ser repartida, em partes iguais ou não, entre os proprietários e o credor hipotecário. Mas o bem em si ingressa no patrimônio do expropriante sem qualquer ônus em favor de terceiro. (CARVALHO FILHO, p. 840, 2014)

Por ser um modo originário, não ocorre sucessão de proprietários nem transferência da propriedade de um lado para outro. Pontes de Miranda entendia que a desapropriação independia da legitimidade de títulos antigos. (NAKAMURA, p. 62, 2013)

A perda da propriedade acontece ainda que tenha corrido o pleito contra quem não era dono: a desapropriação apanha o bem; e desliga-o de qualquer apropriação desde esse momento, o que põe em evidência o caráter absoluto da eficácia desapropriativa. A aquisição posterior é originária; nada tem com o proprietário anterior, que perde a propriedade. A aquisição é erga omnes, incólume a qualquer pretensão do que teria sido injustamente demandado. (NAKAMURA, p. 62, 2013)

Segundo Orlando Gomes, citado por André Luiz dos Santos Nakamura (p. 63, 2013), na desapropriação, forma de aquisição originária, os vícios anteriores da propriedade são ignorados, pois não há antigo titular a ser considerado. A importância desse aspecto se encontra nas consequências do modo de aquisição. Se for o modo originário, o patrimônio do adquirente incorpora a propriedade de forma plena de acordo com sua vontade. Na aquisição da propriedade por modo derivado, as restrições, características e qualidades que detinha são também repassadas.

Entretanto, se a propriedade já possuía um dono antes do procedimento expropriatório, é lógico que uma pessoa física ou jurídica a perderia enquanto outrem a ganharia, por isso não tem relevo a discutir se há aquisição ou perda, há os dois. A forma originária de aquisição de propriedade é parte do conteúdo da desapropriação gerando importantes consequências. Como efeito ela não carrega título anterior, não deriva de título algum, surgiu de relacionamento direto entre sujeito e coisa. Mesmo assim, a jurisprudência tem pedido a documentação de filiação imobiliária para registrar. Outra consequência é que todos os ônus que incidiam antes sobre o bem desapropriado sofrem extinção imediata sub-rogando-se ao preço não sendo mais possível a reivindicação. A desapropriação judicial segue seu rumo mesmo que a Administração Pública não conheça o proprietário ou seu paradeiro e no valor da indenização já está incluso os direitos reais, só direitos de terceiros, obrigacionais, pedem ação própria contra o expropriante. Se o indenizado foi terceiro que não era o proprietário, não há anulação

da desapropriação, um bem que já se incorporou no patrimônio público não pode ser reivindicado. O que pode ser feito é uma ação com perdas e danos em benefício do legítimo proprietário, sendo que, como independe da vontade alheia, não admite evicção ou demanda redibitória para outros afetados. (ARAÚJO, p. 1151-1152, 2014)

A desapropriação pode ser efetivada por meio de acordo ou judicialmente. Tal acordo não se confunde com um negócio jurídico de transferência. Trata-se de um negócio jurídico bilateral ligado à extensão da expropriação e da indenização. (NAKAMURA, p. 63, 2013)

3.3.5 Competências

São reconhecidas três competências em matéria expropriatória: legislativa, declaratória e executória. A União, Estado, Distrito Federal e Município acumulam essas competências de forma desigual. A competência legislativa é exclusiva da União, assegurada pelo artigo 22, II da Constituição Federal. Também compete à União normatizar o procedimento administrativo e o processo judicial, imprescindíveis para a concretização do expropriamento. O texto constitucional permitiu, no artigo 22, parágrafo único, que Leis Complementares previssessem que os Estados legislassem sobre questões específicas envolvendo competências privativas da União. Essa competência legislativa estadual precisa de Lei Complementar autorizadora para ser consumada, por isso é uma competência condicionada. Assim, os Estados o Distrito Federal e o Município podem legislar acerca do procedimento administrativo já que o artigo 18 da Lei Maior lhes conferiu autonomia, porém respeitando as normas gerais da União. (GASPARINI, p. 910, 2012)

Não se perca de vista, entretanto, que, embora estejam os Estados – membros, o Distrito Federal e os Municípios impedidos de legislar supletivamente sobre desapropriação, a não ser na hipótese prevista no parágrafo único do art. 22 da CF de 1998, “não se pré-exclui a legislação local sobre exigências, a mais, para a identidade estatal exercer a pretensão constitucional à desapropriação, nem, tampouco, as regras jurídicas sobre competência dos juízes e funções do Ministério Público”. (SALLES, p. 100, 2006)

Diante disso conclui-se que compete privativamente à União efetuar leis da matéria, ressaltando o parágrafo único do artigo 22. Além disso, o Decreto-lei nº 3.365/41 preceitua no seu artigo 1º que a desapropriação por utilidade pública será regulada por esta lei em todo território nacional. Ademais, não se pode confundir o ato de legislar sobre expropriação e o ato de declará-la, pois, este último cabe ao Prefeito, ao Governador ou ao Presidente da República dependendo da necessidade ou utilidade da desapropriação. (SALLES, p. 100, 2006)

Declarar significa submeter um bem ao regime expropriatório por interesse social, ou por necessidade ou utilidade pública. A competência declaratória por sua vez é concorrente, ou seja, cabe a jurisdição de cada pessoa política. Também podem editar declarações

expropriatórias as pessoas autorizadas por lei, como é o caso da ANEEL, Agência Nacional de Energia, autorizada pela Lei federal nº 9.074/95. Independente de quem detenha competência declaratória, a declaração será sempre um ato administrativo, por isso remediado por mandado de segurança. (GASPARINI, p.911, 2012)

O art. 8º do Decreto-lei nº3.365/41 estabelece que também o Poder Legislativo possa tomar a iniciativa da desapropriação, devendo o Poder Executivo praticar os atos necessários á sua efetivação.

A função predominante e típica do Poder Legislativo é legislar e fiscalizar. Somente como função atípica, o Poder Legislativo poderá exercer a função administrativa, uma vez que a Constituição Federal não atribuiu às funções típicas aos três Poderes com exclusividade absoluta. (GARCIA, p.100, 2015)

O caput do art. 2º do Decreto-lei nº 3.365/41 esclarece que, por meio de declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e territórios. Assim todos os entes federativos que são competentes para desapropriar, também são para declarar utilidade pública. Se for a União competente para promover a expropriação, ela mesma deve declarar e publicar no Diário Oficial da União. (GARCIA, p. 22, 2015)

A união só possui competência privativa para desapropriação por interesse social específica para reforma agrária, como registrado pelo art. 184 e parágrafos da Constituição. No entanto, a regra não vale para desapropriações por interesse sociais que sirvam para outro fim que não a reforma agrária. O detalhe que diferencia é a indenização. Como regra geral a indenização é justa, prévia e em dinheiro, mas para reforma agrária ela é feita com títulos da dívida agrária. (CARVALHO FILHO, p. 842, 2014)

Por último, a competência executória da expropriação também é concorrente. Toda pessoa administrativa, que pelo art. 3º do Decreto-lei nº 3.365/4 deve ser autorizada por lei ou contrato, e toda pessoa política pode executar e promover o expropriamento. (GASPARINI, p.911, 2012)

Essa competência é a mais ampla de todas, indo desde negociações com o proprietário até o fim do processo judicial. É o poder jurisdicional de efetuar todas as medidas direcionadas á transferência da propriedade. Ela pode ser fracionada em dois grupos. O primeiro é da competência incondicionada que permite a proposição da ação expropriatória livremente. Neste grupo estão a União, Estado, Distrito Federal e Município. O segundo é o grupo da competência condicionada, formado por pessoas cuja ação depende de autorização expressa de lei ou contrato (art. 2º, § 3º da lei geral de desapropriação). (CARVALHO FILHO, p. 842-843, 2014)

3.4 PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO

3.4.1 Fase declaratória

3.4.1.1 Declaração expropriatória

O procedimento da desapropriação é composto por duas fases: a declaratória e a executória. A primeira decorre da declaração expropriatória de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social. A segunda consubstancia-se com uma série de medidas administrativas ou judiciais em prol da concretização da vontade estatal balizada na fase declaratória. A fase declaratória é aberta pela Administração Pública ou quem possuir permissão. É necessário autorização do Poder Público expropriante, de lei, decreto ou contrato capaz de expropriar para dar início à fase executória. (GASPARINI, p. 940-941, 2012)

Há um silêncio da legislação acerca do conteúdo da declaração expropriatória, causando debates. Sabe-se que ela não pode ser genérica, deve conter precisamente o bem de interesse do Poder Público. Também é importante que a declaração mencione expressamente qual a finalidade da desapropriação, a fim de controlar os desvios de finalidade. Uma declaração segura e transparente deve deixar exposto o dispositivo legal em que seu objetivo se encontra. Assim, os elementos indispensáveis para uma declaração expropriatória válida são a propriedade alvo do interesse da Administração Pública e o destino pretendido para este bem. (CARVALHO FILHO, p. 847-848, 2014)

Comumente afirma-se que a natureza da declaração mencionada é declaratória. Para Marçal Justen Filho (p. 645, 2014), na verdade, a natureza é constitutiva e não mera declaração de interesses, pois já produz efeitos a partir da data do seu decreto.

José dos Santos Carvalho Filho (p. 850, 2014) foi bem claro em sua posição dizendo que se trata de ato administrativo. O caráter administrativo está ligado à administração da coisa pública. Decreto e portaria interministerial são atos formalmente administrativos e, o ato declaratório de utilidade pública advindo do Legislativo é materialmente administrativo, seja decreto ou lei. A questão da discricionariedade analisa a conveniência e oportunidade da desapropriação antes de praticar a declaração. De outro turno, o ato declaratório será vinculado para fundamentar a expropriação em algum dos casos elencados na lei.

O artigo 10 da lei geral das desapropriações apregoa que a expropriação, sob ameaça de caducidade, precisa ser feita com acordo amigável ou judicialmente, no prazo de cinco anos a partir da data da expedição do decreto. Trata-se de um prazo decadencial, ou seja, não é interrompido nem suspenso. A publicação do decreto que declara a utilidade pública inicia a contagem, excluindo o dia do começo e incluindo o dia do fim. Não é permitido prorrogar de a data do término do prazo cair num feriado ou domingo. “Ano” significa ano civil, composto

de doze meses. Passado esses cinco anos a declaração expropriatória caduca e só cabe renovação depois de um ano. (HARADA, p. 81, 2015)

A caducidade da declaração expropriatória ocorre ao fim de cinco anos ou de dois anos, conforme se trate, respectivamente, de manifestação de utilidade ou necessidade pública (Decreto-lei 3.365/41, art. 10) ou de interesse social (Lei 4.132/62, art. 3º), só podendo ser renovada, em qualquer das hipóteses, depois de um ano da decadência. (MEIRELLES, p. 688 2013)

Embora a declaração não opere a transferência do bem, ela produz importantes efeitos sobre o bem almejado, inclusive permitindo a própria desapropriação, seja ela amigável ou judicial. Com ela o grupo de autoridades expropriantes tem permissão para adentra no bem para fazer levantamentos, avaliar as condições. É possível, se os proprietários se opuserem, fazer uso de forças policiais com moderação, sem afetar o uso normal do bem para não surgir responsabilização penal e obrigação de reparar prejuízos causados. A penetração no bem da declaração expropriatória não se confunde com a imissão de posse que, se ocorrer, se dará já na ação de desapropriação graças á ordem judicial. (ARAÚJO, p. 1157, 2014)

Para Maria Zanella Di Pietro (p. 205, 2015) a declaração de utilidade pública já produz quatro efeitos. Primeiramente, submete o bem à força expropriatória do Estado, depois, fixa o estado e as condições do bem. Em seguida, confere ao Poder Público o direito de penetrar no bem para fazer verificações e medições, contanto que as autoridades administrativas procedam moderadamente e sem excesso de poder. Além disso, a declaração é o termo inicial do seu próprio prazo de caducidade.

As duas fases existem somente na desapropriação comum ou ordinária. A desapropriação direta não é dividida deste modo. Aqui o Estado apenas espera que o expropriado reivindique seus direitos, sem buscar transferir formalmente o bem para o seu patrimônio nem indenizar o proprietário. Como o bem já integrado ao patrimônio público não pode ser retirado, a ação reivindicatória para reavê-lo normalmente é convertida em indenizatória. (GASPARINI, p. 940, 2012)

3.4.2 Fase executória

3.4.2.1 Via administrativa

A segunda fase do procedimento expropriatório, a executiva, pode ser administrativa ou judicial. Seja pela via administrativa ou judicial, nesta fase o Poder Público promove atos para a desapropriação e medidas para efetiva-la integrando o bem ao patrimônio público. (DI PIETRO, p. 207, 2015)

A fase executória se dá administrativamente no caso das partes chegarem a um acordo sobre o valor da indenização. Quando isso ocorre, o termo de acordo é lavrado e, se o bem for imóvel

é registrado no cartório de registro de imóveis, obedecendo à formalidade prevista para compra e venda. (JÚNIOR, p.404, 2014)

O art. 10 da lei geral das desapropriações¹² explicita que a via amigável deve ser sempre tentada. Não existe prazo para o começo desse procedimento, contanto que seja durante o prazo de cinco anos de validade da declaração expropriatória. (GASPARINI, p. 945, 2012)

A primeira parte deste artigo revela a preferência pela via amigável efetivada pelo acordo. A palavra “acordo” pode ser entendida como aceitação, concordância e aprovação do montante a ser pago ao expropriando ou como uma transação entre o Poder Público e o proprietário. O acordo não trata do direito de desapropriar, visto que este é unilateral e estatal, cuida apenas do valor indenizatório. A via administrativa é a etapa ideal para compor a expropriação. Por isso a Administração Pública deve tentar de todas as formas uma aquisição amigável oferecendo uma indenização de valor justo. O expropriando pode participar da execução administrativa se estiver representado por advogado e com assistência pericial. (GARCIA, p. 103-104, 2015)

O único empecilho que poderia prejudicar o procedimento exposto seria a falta de assistência do expropriado, por um advogado, no momento da feitura do “termo de acordo” e ulterior pedido de homologação judicial. Efetivamente, o advogado é indispensável à administração da Justiça, nos limites da lei (art. 133 da CF). Por ora, inexistente lei regulando esse tipo de procedimento de que estamos tratando, havendo dúvida razoável se o juiz deve ou não homologar o acordo sem a assistência profissional do expropriado. Porém, essa questão poderia ser facilmente superada com a concordância do expropriante em arcar com a verba honorária devida ao expropriado, em percentual a ser fixado pela entidade desapropriante ou pelo juiz, no ato da homologação do acordo. (HARADA, p. 83-84, 2015)

Tal via não existe sempre, visto que há momentos em que a Administração Pública não conhece o proprietário, caso em que proporá a ação de desapropriação, na qual o verdadeiro titular do domínio é insignificante. (DI PIETRO, p. 207, 2015)

Enquanto na ação expropriatória a identificação do proprietário é irrelevante, a desapropriação amigável não pode ser executada se há dúvidas quanto ao domínio ou quanto aos documentos e comprovantes. Quando a desapropriação é amigável e o valor da indenização justa, a forma de pagamento e a data da transferência da posse são acertadas, e o acordo é reduzido a termo são marcadas as datas para apresentar documentos do bem, para pagar a indenização e outorgar escritura de desapropriação amigável, que é registrada em cartório imobiliário competente. Qualquer tabelionato pode lavrar a escritura, que em geral é pública. Esta escritura precisa tratar da escolha do expropriado sobre abrir mão ou não da

¹² Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

retrocessão quando o fim de interesse público declarado for incompatível com o fim dado ao bem. (GASPARINI, p. 945, 2012)

3.4.2.2 Via judicial

Não havendo acordo sobre o valor da indenização parte-se para a via judicial, que tem início com a ação de desapropriação. O Decreto-lei nº 3.365/41 trata do procedimento dessa ação nos seus artigos 11 a 30, nos casos de necessidade e também de utilidade pública. Além dos requisitos gerais de qualquer petição inicial, presentes no Código de Processo Civil, a petição expropriatória deve conter oferta do preço, planta ou descrição dos bens e exemplar do jornal oficial, do contrato, ou cópia autenticada destes. (CUNHA JÚNIOR, p. 404, 2014)

Diogenes Gasparini (p. 945, 2012) assevera que: “o foro para o ajuizamento da ação é o da situação do bem expropriado, inclusive para a chamada desapropriação indireta, salvo nos casos de interesse da União, em que o foro competente é o da Justiça Federal”.

Este artigo aborda a função do Poder Judiciário no processo expropriatório. Alguns dos doutrinadores consideram-no inconstitucional por impedir que a apreciação de lesões aos direitos da parte ao Judiciário. Mas, como não proíbe a análise da validade dos atos administrativos, nem a defesa dos direitos em questão, prevalece na doutrina o entendimento de que o artigo 9º do Decreto-lei nº 3.365/41¹³ não é inconstitucional e, que essa investigação não é feita no processo de desapropriação, e sim em ação autônoma. (CARVALHO FILHO, p. 855, 2014)

Para José Ailton Garcia (p. 103, 2015) a vedação determinada por este artigo ofende o princípio da economia processual previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, porque é lógica a discussão de todas as questões pertinentes na mesma ação de desapropriação. A justificativa de que esta vedação confere rapidez ao trâmite da ação também não procede, pois pode haver imissão provisória na posse dos bens com a alegação de urgência e depósito da quantia arbitrada.

A ação de desapropriação, como já aludimos precedentemente, deverá ser iniciada, com despacho de citação, dentro de cinco anos, se proveniente de utilidade pública, ou de dois anos, se resultante de interesse social, a contar da data dos respectivos atos declaratórios, sob pena de extinção do processo baseado em ato caduco. (MEIRELLES, p. 689, 2013)

Para o correto entendimento do art. 9º do Decreto-lei nº 3.365/41, deve haver leitura conjunta com o artigo 20 da mesma lei, que limita a contestação à matéria de vício do processo judicial ou impugnação do preço. Feita essa leitura, conclui-se que no processo expropriatório, as partes só podem debater, e o juiz só pode decidir, acerca do preço do bem, pagamento e

¹³Art. 9º Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

imissão na posse ou outros vícios no processo. Sobre a declaração de desapropriação, o Judiciário só pode discutir sobre a regularidade, competência, caducidade e forma. Enquanto que, a apuração da concretização ou não da utilidade pública será feita por meio de ação própria, em separado. (GARCIA, p.102, 2015)

3.4.2.2.1 Partes e pretensão

Assim como todo processo judicial a ação de desapropriação possui um sujeito ativo e um passivo. Há de existir um conflito de interesses entre a Administração Pública e o proprietário, portanto são elas as partes do processo. O sujeito ativo é o Poder Público ou uma pessoa privada com delegação de função advinda de lei ao contrato. O proprietário jamais estará no polo ativo dessa relação processual somente, a União, os Estados uma Sociedade de Economia Mista, uma Fundação Pública ou um Concessionário de Serviço Público. O sujeito passivo da ação sempre será o dono do bem alvo da desapropriação. É ele que faz a contestação visando a rejeição da proposta intentada pelo autor, cabendo ao Juiz o poder de decisão. (CARVALHO FILHO, p. 855-856, 2014)

O artigo 2º do Decreto-lei nº 3.365 de 1941¹⁴ distingue três hipóteses de desapropriação por interesse social cujos sujeitos são entes federativos. A primeira delas (de competência das pessoas jurídicas) está prevista no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição, disciplinada pela Lei nº 4132 de 1962; A segunda (de competência exclusiva do Município) está amparada pelo artigo 182, parágrafo terceiro da Carta Política, regulamentada pelo Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 2001; A terceira (de competência exclusiva da União) está fundamentada pelo artigo 184 e se refere à desapropriação para reforma agrária, combinada com o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504 de 1964) e pela Lei Complementar nº 76 de 1993. (DI PIETRO, p. 209, 2015)

O sujeito ativo na ação expropriatória pode ser qualquer entidade política que compõe a Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Quando o legitimado ativo for o autor, tratamos do sujeito ativo da demanda. Porém quando o legitimado ativo for a União, a ação será intentada perante o juízo privativo do Distrito Federal ou na capital do Estado onde

¹⁴Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

§ 1º A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se tornará necessária, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo.

§ 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

§ 3º É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

o réu esteja domiciliado. Caso outro ente federativo seja o proponente da ação, o foro competente será o da situação dos bens. Já o sujeito passivo dessa relação, será o expropriando, na qualidade de sujeito titular, proprietário ou possuído do bem objeto de desapropriação. (GARCIA, p. 108-109, 2015)

De acordo com o jurista Kyoshi Harada (p. 99-100, 2015), a petição inicial da ação expropriatória, como qualquer outra, precisa indicar os itens expostos no artigo 282 do Código de Processo Civil¹⁵. Além disso, juntamente com estes requisitos genéricos, a petição deve abarcar requisitos específicos, de acordo com o artigo 13 do Decreto-lei n° 3.365/1941¹⁶. A pretensão do sujeito ativo da desapropriação é transferir o bem para inseri-lo em patrimônio próprio. Para isto é indispensável que a oferta do preço esteja presente na petição inicial.

3.4.2.2.2 *Contestação*

Em primeiro lugar, contestação é a forma que o réu tem para demonstrar que resiste á pretensão do autor, remetendo toda matéria pertinente material ou processual. O Decreto-lei n° 3.365/41, artigo 20¹⁷, estabelece que a contestação na ação expropriatória só possa falar de vícios processuais ou do preço. Indica, também, a forma pela qual todas as outras questões devem ser analisadas e decididas: por ação direta. Assim, esta lei força um campo restrito para o uso da contestação. Na própria ação de desapropriação os pontos que admitem contestação são: o vício processual e a impugnação do preço. O mérito da declaração expropriatória seja de utilidade, necessidade pública ou interesse social, não é levado á juízo, pois remete a discricionariedade do Chefe do Poder Executivo do ente expropriante. A desobediência ao artigo 13 da lei geral é considerada um vício do processo e pode estar contido na contestação. Além desse vício há muitos outros, como as nulidades do processo civil, a exemplo da representação irregular, ou falta de representação, não sanada, falta de intimação do Ministério Público etc. (GARCIA, p.155, 2015)

¹⁵ Art. 282. A petição inicial indicará:

- I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
- II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
- III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
- IV - o pedido, com as suas especificações;
- V - o valor da causa;
- VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
- VII - o requerimento para a citação do réu.

¹⁶ Art. 13. A petição inicial, além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil, conterá a oferta do preço e será instruída com um exemplar do contrato, ou do jornal oficial que houver publicado o decreto de desapropriação, ou cópia autenticada dos mesmos, e a planta ou descrição dos bens e suas confrontações.

¹⁷ Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

O uso de cognição restrita no procedimento vem sendo criticado pela doutrina. O argumento mais usado alega que essa restrição não controla judicialmente a totalidade do procedimento desapropriatório, ignorando ofensas á princípios constitucionais regentes do Direito Administrativo.

Andre Luiz dos Santos Nakamura (p. 66-69, 2013), seguindo os ensinamentos de Seabra Fagundes, não tem como inconstitucional o artigo 20, pois o acesso ao Judiciário não é vetado, obedecendo ao artigo 5º da Carta Magna (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional). Outras vias estariam livres para atingir a decreto expropriatório ilegal como a ação direta. Se o ato ilegal pode ser sanado por outro caminho, não existe inconstitucionalidade por proibir certas matérias na contestação em sede processual. Com isso o processo seria mais célere evitando o atraso por maiores indagações, visto a lentidão da via judicial. Para ele, como a desapropriação não é discricionária, o Judiciário tem amplo controle nação direta.

Em defesa, o expropriado tem direito de extensão. É a exigência de que seja desapropriado o resto do bem alvo da declaração de desapropriação, visto a inutilidade ou dificuldade no uso do que sobrou. O direito de extensão existe desde o Decreto federal nº 4.956/1903 e sua escolha deve ser alegada oportunamente, no termo do acordo administrativo ou no texto da contestação. Quando não anunciado oportunamente, considera-se que o expropriante renunciou seu direito. (GASPARINI, p.946-947, 2012)

Se não houve concordância expressa em relação ao preço ao final do prazo para contestar, o perito tem cinco dias para levar o laudo ao cartório, no mínimo antes da audiência de instrução e julgamento. A audiência de instrução e julgamento, da mesma forma que a audiência do Processo Civil, terminado o debate, o magistrado fixa o valor indenizatório com uma sentença. (CUNHA JÚNIOR, p.407, 2014)

O artigo 20 serve para contestar os tipos de desapropriação por utilidade pública, por necessidade pública e interesse social, contudo a desapropriação por interesse social destinada à reforma agrária tem contestação diferenciada das outras. Nesta última é permitido contestar matérias mais amplas graças ao comando de norma diversa: a Lei Complementar nº 76/1993 em seus artigos 4º¹⁸ e 9º¹⁹. (GARCIA, p.157, 2015)

¹⁸Art. 4º Intentada a desapropriação parcial, o proprietário poderá requerer, na contestação, a desapropriação de todo o imóvel, quando a área remanescente ficar:

I - reduzida a superfície inferior à da pequena propriedade rural; ou

II - prejudicada substancialmente em suas condições de exploração econômica, caso seja o seu valor inferior ao da parte desapropriada.

¹⁹Art. 9º A contestação deve ser oferecida no prazo de quinze dias e versar matéria de interesse da defesa, excluída a apreciação quanto ao interesse social declarado.

3.4.2.2.3 Prova pericial

Na ação de desapropriação é permitido às partes o uso de todas as provas capazes de sustentar as suas alegações. O art. 332 do Código de Processo Civil garantiu que são hábeis para encontrar a verdade todos os meios legais, previstos nesta norma e, até os meios não previstos, se moralmente legítimos. Trata-se de um princípio constitucional indiscutível (artigo 5º, LV da CF). Como na ação em tela só é possível discutir o valor da indenização, só este tema poderá ser provado. A prova pericial é a mais comum para atestar as alegações do expropriante e do expropriado. Neste caso, é esta prova que fornecerá os dados ao magistrado responsável por fixar o valor da indenização. (CARVALHO FILHO, p. 862, 2014)

Terminado o prazo para contestação sem que haja concordância expressa em relação ao preço, o perito do Juízo levará o auto para o cartório, no mínimo cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento, com base no artigo 23 do Decreto-lei nº 3.365/41²⁰. Esta audiência segue os ditames do Código de Processo Civil. O juiz proferirá sentença fixando o preço da indenização assim que findo o debate.

3.4.2.2.4 Desistência da desapropriação

Do mesmo modo que o Poder Público pode declarar a utilidade pública ou o interesse social de uma propriedade, pode ser também que, no curso da desapropriação e no andamento da obra, esse interesse seja modificado ou extinto. O problema é que o Decreto-lei nº 3.365/41 e a Lei nº 4.132/62 não possuem dispositivo algum que discipline a dita desistência. (ARAÚJO, p. 1182, 2014)

A desistência da ação expropriatória pode ser requerida pelo autor unilateralmente à qualquer hora, até o momento da incorporação do bem ao patrimônio do ente expropriante. Se o bem for imóvel pode haver desistência até que transite em julgado a sentença ou registro originados do acordo. Entretanto, a jurisprudência firmou a aceitação da desistência, mesmo após a sentença ter transitado em julgado, se o preço ainda não foi pago. Assim, é possível desistir da ação até esse pagamento, ainda que haja trânsito em julgado. Para conseguir a consolidação da desistência, é preciso invalidar o acordo ou extinguir o processo com a revogação da lei ou decreto expropriatório e a devolução do bem. A condição para a

²⁰ Art. 23. Findo o prazo para a contestação e não havendo concordância expressa quanto ao preço, o perito apresentará o laudo em cartório até cinco dias, pelo menos, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º O perito poderá requisitar das autoridades públicas os esclarecimentos ou documentos que se tornarem necessários à elaboração do laudo, e deverá indicar nele, entre outras circunstâncias atendíveis para a fixação da indenização, as enumeradas no art. 27.

Ser-lhe-ão abonadas, como custas, as despesas com certidões e, a arbítrio do juiz, as de outros documentos que juntar ao laudo.

§ 2º Antes de proferido o despacho saneador, poderá o perito solicitar prazo especial para apresentação do laudo.

desistência é a possibilidade de devolução desse bem. Depois de transitada em julgado a sentença e pago o preço, não é mais permitida a desistência, para assegurar a c proteção à coisa julgada. Só é possível haver a retrocessão, ou seja, o oferecimento do bem ao expropriado por desvio do destino escolhido pelo expropriante. (CARNEIRO DA CUNHA, p. 396-397, 2010)

Portanto para que o Judiciário possa homologar a desistência unilateral, é necessário o atendimento do seguinte: a) desistência antes da consumação da desapropriação; b) assunção, pelo expropriante, da responsabilidade por todo e qualquer dano que causou ao expropriado; c) depósito correspondente às despesas processuais e advocatícias; d) devolução do mesmo bem. (GASPARINI, p. 953, 2012)

A jurisprudência do STF tem aceitado a desistência da desapropriação, não importando vontade do expropriando, que pode pedir reparação de perdas e danos através de ação autônoma nas vias ordinárias. Dessa maneira, o proprietário do bem está impedido de se opor à desistência, mas, tem direito á indenização por perdas e danos. A desistência da desapropriação pode ser total ou parcial. Quando for total é efetivada pela revogação, e, quando parcial, pela modificação do ato declaratório da necessidade ou utilidade pública ou interesse social. (JÚNIOR, p.407, 2014)

3.5 INDENIZAÇÃO

3.5.1 Regra geral

3.5.1.1 Indenização prévia

A norma que fundamenta a indenização expropriatória é o artigo 5º XXIV²¹, da Constituição Federal. A indenização segue os princípios da precedência, justiça e pecuniariedade. A previedade da indenização se caracteriza quando ela é paga antes do bem ser transferido para a propriedade do expropriante. Mas, em termos práticos ao ser paga a indenização, a transferência ocorre simultaneamente, e este “anteriormente” significaria instantaneamente. O requisito da indenização prévia importaria que só com a indenização paga, é cabível aceitar a propriedade como transferida. Além do mais, não basta ser prévia, a indenização deve ser justa. (CARVALHO FILHO, p. 866, 2014)

Indenização prévia: indenização prévia significa que o expropriante deverá pagar ou depositar o preço antes de entrar na posse do imóvel. Este mandamento constitucional vem sendo frustrado, pelo retardamento da Justiça no julgamento definitivo das desapropriações, mantendo o expropriado despojado do bem e do seu valor, por anos e anos, até transitar em julgado a condenação. Os depósitos provisórios geralmente são ínfimos em relação ao preço efetivo do bem, o que atenta contra o princípio da indenização prévia. Essa burla á Constituição só poderá ser obviada pelo maior rigor dos juízes e tribunais na exigência de depósito prévio que mais se aproxime do valor real do bem expropriado. (MEIRELLES, p.693, 2013)

²¹Art. 5º XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição

O artigo 182, § 3º, da Constituição²² e o artigo 46 da Lei Complementar nº 101/2000²³ apenas repetem o disposto no artigo 5º, inciso XXIV, do texto constitucional. Eles são dispensáveis. Ambos só são utilizados para imóveis urbanos, que são aqueles localizados na zona urbana. Esta zona é uma área de edificações que possuem no mínimo dois destes melhoramentos: meio-fio, calçamento com canalização de águas pluviais, abastecimento de água, sistema de esgotos sanitários, rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar, escola primária ou posto de saúde e uma distância máxima de três quilômetros do imóvel considerado. (GASPARINI, p. 921, 2012)

A prevalência coloca a indenização como um pressuposto da desapropriação. Conforme lição de Cretella Junior, “trata-se de um *præiudicium* ou pressuposto necessário”. E continua o autor, concluindo que “não se desapropria para depois indenizar. Indeniza-se para desapropriar”. Segundo Pontes de Miranda, “indeniza-se antes de se desapropriar, para que, ao acontecer a perda, já esteja no patrimônio do desapropriando, fundado em causa futura, o quanto indenizatório”. (NAKAMURA, P. 130-131, 2013)

De acordo com Pontes de Miranda, citado por Andre Luiz dos Santos Nakamura (p. 129-130, 2013):

A indenização há de ser prévia. Prévia a que? Não à sentença que fixe a quantia da indenização: não se sabe de quanto é. Se há recurso, não cabe exigir-se ou pagar-se, ou o depositar-se. Portanto, a previdência é em relação à transcrição do título, que é a sentença (somente a transcrição opera a perda da propriedade, tratando-se de bens registrados) e em relação ao mandado de imissão, que o juiz não deve expedir antes de efetuado o pagamento ou depositada a quantia. No direito brasileiro, a indenização tem que ser prévia. De maneira que não se pode dizer que seja efeito da desapropriação; é meio para se obter a desapropriação. Ainda para a posse provisória, é preciso que se deposite o valor dela. A indenização há de ser justa.

Segundo os artigos 32²⁴ e 33²⁵ da lei geral das desapropriações, o expropriante deve entregar o preço nas mãos do expropriando, ou ao menos, deixa-lo à disposição livre e desembaraçada. É isto que significa pagamento prévio. A indenização prévia possui exigência implícita de indenização em dinheiro, já que o pagamento em títulos é a prazo. (GARCIA, p. 197, 2015)

O caput do artigo 33 esclarece que também é visto como pagamento da indenização, o depósito do preço previsto na sentença. Este depósito é útil quando o legítimo proprietário do bem a ser desapropriado é desconhecido ou se houver dúvidas. Também é utilizado frete a urgência da imissão provisória na posse. (GARCIA, p. 198. 2015)

3.5.1.2 Indenização justa

A Carta Magna resguarda que o expropriado receba uma indenização justa, mesmo quando ela não pode ser prévia ou em dinheiro. Essa indenização reflete o valor venal da propriedade

²² Art. 182 § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

²³ Art. 46. É nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização.

²⁴ Art. 32. O pagamento do preço será prévio e em dinheiro

²⁵ Art. 33. O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização.

a ser desapropriada, ou seja, o valor arrecadado se este fosse vendido no mercado. São necessárias apurações acerca do estado do bem e simulações utilizando bens semelhantes. (JUSTEN FILHO, p. 654, 2014)

As leis não definiram o conceito de indenização justa. Diogenes Gasparini (p. 917, 2012) entendeu que ela é justa quando inalterado o patrimônio do expropriado. Quando antes e depois da desapropriação o valor patrimonial do bem é o mesmo, mesmo que tenha mudado a composição dos bens.

Indenização justa: a indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de ser repostado em pecúnia no momento da indenização; se o não for, admite pedido posterior, por ação direta, para complementar-se a justa indenização. A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária. (MEIRELLES, p.692, 2013)

Primeiramente, ressarcir, reparar e indenizar são coisas diferentes. Ressarcir é recompor os prejuízos materiais, incluindo lucros cessantes e danos emergentes, os lucros principais e acessórios advindos com o tempo. Reparar é compensar o dano moral e diminuir as dores de uma vítima. Indenizar é compensar o dano originado de um ato do Estado que, mesmo sendo lícito, lesou o particular (como na desapropriação). Ela apenas compensa um estrago. Enquanto a reparação decorre de um ato ilícito, a indenização advém de um ato perfeitamente lícito. (NAKAMURA, p. 114, 2015)

Indenização justa, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio. Indenização justa é aquela que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento. (MELLO, p. 908, 2015)

Na realidade brasileira, na prática, o julgamento do preço não é feito pelo magistrado, e sim, pelo perito. Ele estabelece o valor que o expropriante pagará. Todavia, pela falta de balizamentos legais, reina o subjetivismo, liberando fraudes e corrupções de todo tipo. Mesmo faltando critérios legais para avaliar as propriedades, uma coisa é certa: a justa indenização não empobrece nem enriquece o desapropriado. Para haver reparação integral, ele deve conseguir, com o valor dado pelo Poder Público, um bem com igual valor daquele que perdeu. Pode-se dizer que a indenização é justa quando, após a transferência do seu bem para o Estado, capacita o expropriado a obter outro cuja qualidade e quantidades equivalem àquele. A indenização deve colocar o expropriado na mesma situação financeira e econômica que

tinha antes da desapropriação, levando em conta a importância do bem para a economia do dono. (NAKAMURA, p. 110-113, 2013)

Segundo Sérgio Ferraz:

A justa indenização é aquela que, naquele momento do mercado em que a indenização é colocada na mão do expropriado, permite que, se ele desejar, possa adquirir outro imóvel da mesma natureza, características e atributos daquele que lhe fora subtraído por imposição. (NAKAMURA, p. 113, 2013)

O enriquecimento sem causa é vedado no regime jurídico da Administração Pública e, conseqüentemente, também no procedimento expropriatório. O instituto da desapropriação não pode enriquecer sem causa o expropriado. Tal enriquecimento quando uma vantagem patrimonial é obtida sem qualquer causa que a justifique. Mesmo que seja necessário o enriquecimento de uma parte, não se exige o empobrecimento de outrem. Cabe tanto para o aumento de ativo quanto para a diminuição do passivo. Há enriquecimento sem causa do expropriado se o expropriante pagar pelo bem um preço acima do valor indispensável à sua reposição patrimonial. Quando é o expropriado, cujo patrimônio não foi resguardado pela indenização, que se prejudica também há enriquecimento sem causa, desta vez do Estado. Dessa forma, ambos os sujeitos da desapropriação estão proibidos de enriquecer sem causa. (NAKAMURA, p. 120-121, 2013)

Nesse sentido Cândido Rangel Dinamarco, citado por Andre Luiz dos Santos Nakamura (p.120, 2013), orienta que o justo preço funciona como uma garantia constitucional para proteção da efetividade da propriedade como direito e, também, para evitar indenizações excessivas sob responsabilidade do Poder Público. É desse modo que deve ser a interpretação do adjetivo justo. A justiça é bilateral, tanto para o expropriante quanto para o expropriado, se algo não é “justo” para um sujeito, também não é para o outro, pois, não se promove “justiça” através de uma injustiça.

3.5.1.3 Indenização em dinheiro

Por último o expropriante deve pagar ou consignar a indenização em dinheiro, ou seja, em espécie. Isto possibilitaria que o expropriado a aquisição de bem igual ao desapropriado. É válido grifar que a indenização não integra o imposto de renda, pois em verdade não simboliza ganho. (CARVALHO FILHO, p. 866, 2014)

3.5.1.4 Situações especiais

O direito à indenização é assegurado constitucionalmente, exceto determinadas exceções. Existem três situações especiais que fogem da regra geral. Observa-se que, não havendo nenhum dos casos abaixo citados, o pagamento da indenização deve obedecer aos princípios da precedência, justiça e pecuniariedade. A primeira exceção se trata da desapropriação por

interesse social para reforma agrária, prevista no artigo 184º da Carta Magna²⁶. Aqui a indenização é dada por meio de títulos da dívida agrária passíveis de resgate até vinte anos contados do segundo ano de sua emissão. (BARATA, p.25, 2010)

A segunda situação envolve a desapropriação para fins urbanísticos, contida no artigo 182, § 4, inciso III do texto constitucional²⁷. Desta vez a indenização é paga com títulos da dívida pública, que podem ser resgatados em dez anos, por parcelar iguais e sucessivas, assegurando o valor real e os juros legais. (BARATA, p.25, 2010)

A terceira e última situação é a desapropriação confiscatória, presente no artigo 243 da Constituição²⁸. É a desapropriação confiscatória, que não importa para sua consumação o pagamento de nenhuma indenização para o proprietário. (CARVALHO FILHO, p. 869, 2014)

3.5.2 Juros moratórios e compensatórios

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (p. 871-873, 2014) juros moratórios são juros devidos pelo desapropriante pela demora em pagar a indenização. Representam uma pena interposta ao devedor pela demora da obrigação. O dever de indenizar deveria ser cumprido imediatamente quando o processo acabasse, mas, infelizmente, na prática, a indenização demora muitos anos para ser paga. A base de incidência dos juros moratórios é o valor da indenização previsto na sentença. A Medida Provisória nº 2.813-56 de 2001 adicionou o artigo 15-B à lei geral das desapropriações²⁹. Atenta-se para a contagem dos juros moratórios prevista no artigo acima. Esta começa a partir de 1º de janeiro somente para as pessoas de direito público como pessoas federativas, autarquias e fundações vinculadas ao sistema de precatórios judiciais.

²⁶ Art.184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

²⁷ Art. 182. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

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

²⁸ Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

²⁹ Art. 15-B Nas ações a que se refere o art. 15-A, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.

Os juros compensatórios foram construídos pela jurisprudência e, podem ser cobrados desde a perda antecipada da posse do bem e até que a justa indenização seja paga. Não deve persistir o conteúdo da Súmula n° 70 do STJ, que conta os juros moratórios do trânsito em julgado da sentença. Afinal, o artigo 15-B da lei geral estabelece que o precatório inscrito até 1° de julho, deve ter seu crédito pago até o fim do exercício seguinte. Assim, os juros moratórios só passam a incidir com o atraso do pagamento. Em outras palavras, eles incidem a partir de 1° de janeiro do ano posterior. (CUNHA, p. 398-399, 2010)

A Medida Provisória n° 1.577/1997 (e suas sucessivas reedições até a Medida Provisória n° 2.183-56/2001) introduziu no Decreto-lei n° 3.365/1941 um artigo 15-A, prevendo que os juros compensatórios fossem fixados em 6% (seis por cento) ao ano. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.332/DF, entendeu ser inconstitucional essa redução da taxa de juros compensatórios, por conflitar com a garantia do justo preço. Logo, o percentual é, realmente, de 12% (doze por cento) ao ano.

Acontece, porém, que a liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade produz efeitos ex tunc, não retroagindo. Significa que, nas desapropriações propostas sob a vigência do referido art. 15-A do Decreto-lei n° 3.365/1941, são devidos juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano, da imissão provisória até a concessão da cautelar na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, incidindo, a partir daí o percentual de 12% (doze por cento) ao ano. Ademais, não se aplica art. 15-A do Decreto-lei n° 3.365/1941 às desapropriações ajuizadas antes de sua inserção em tal diploma legal pela Medida Provisória n° 1.577/1997 (e suas sucessivas reedições até a Medida Provisória n° 2.183-56/2001). (CUNHA, p. 397-398, 2010)

A condição para o pagamento dos juros compensatórios, com base no artigo 15-A do Decreto-lei n° 3.365/41³⁰, é a ocorrência de divergência entre o valor oferecido em juízo e o valor do bem firmado na sentença. Neste caso, a diferença entre os valores é a base para calcular esses juros. O termo inicial é o momento da imissão da posse do expropriante, já que esta é a primeira perda a ser compensada. Como é possível que haja imissão provisória na posse e, também, demora no pagamento da indenização, é aceito a cumulação desses dois tipos de juros. Os juros indenizatórios e os compensatórios têm pressupostos diferentes, o que

³⁰ Art. 15-A No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

§ 1º Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.

§ 2º Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero

§ 3º O disposto no **caput** deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença.

§ 4º Nas ações referidas no § 3º, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação.

viabiliza sua cumulatividade. O que é vedado é o cálculo de juros compostos, ou seja, juros sobre juros. (CARVALHO FILHO, p. 874-877, 2014)

Existem, ainda, muitas súmulas que mencionam os juros compensatórios. Dentre elas destacam-se a Súmula n° 12³¹, a Súmula n° 69³² e a Súmula n° 113³³, todas do STJ, e, também, a Súmula n° 164³⁴ e a Súmula n° 618³⁵ ambas do STF.

3.5.3 Atualização monetária.

A correção monetária está correlacionada com o direito civil e com o econômico. É o ato de atualizar a moeda devido a sua desvalorização inflacionária. Por meio do mecanismo de indexação o valor real da moeda é corrigido e seu poder aquisitivo é atualizado. A Lei n° 6.899/1981 criou normas específicas, acerca da correção monetária, como se observa no seu artigo 1°³⁶, que prevalecem sobre as regras do artigo 26, § 2° do Decreto-lei n° 3.365/41³⁷ o que para muitos revogou o dispositivo anterior da lei geral de desapropriação. Atualmente, cabe ao Banco Central do Brasil firmar os índices para a correção monetária. (GARCIA, p. 174-175, 2015)

Essa correção é calculada a partir do laudo de avaliação do perito judicial e recai sobre todo débito advindo da decisão judicial, incluindo custas e honorários advocatícios até o momento do pagamento. Isso, segundo a Súmula n° 561 do STF³⁸, admitia que o cálculo da indenização fosse atualizado constantemente, por mais de uma vez. (ARAÚJO, p. 1166, 2014)

Devido aos períodos de inflação e a morosidade da ação desapropriatória, é necessário uma atualização para se chegar ao valor real do bem a ser desapropriado. Antes da Lei n° 6.899/1981, o artigo 26, § 2° do Decreto-lei n° 3.365/41 permitia a atualização monetária apenas depois de um ano da avaliação. Depois desta lei muitos aplicadores do direito consideraram tal dispositivo como revogado. Para outros, o dispositivo sobrevive, pois não é incompatível. O célebre autor José dos Santos Carvalho Filho (p. 877, 2014) admitiu que o

³¹Súmula n° 12 do STJ. Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.

³²Súmula n° 69 do STJ. Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão de posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel.

³³Súmula n° 113 do STJ. Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão de posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

³⁴Súmula n° 164 do STF. No processo da desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse ordenada pelo Juiz por motivo de urgência.

³⁵Súmula n° 618 do STF. Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.

³⁶Art. 1°. A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

³⁷Art. 26. § 2° Decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação, o Juiz ou Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado, conforme índice que será fixado, trimestralmente, pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República.

³⁸Súmula n° 561 do STF. Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo ainda que por mais de uma vez.

artigo 26, § 2º foi revogado para garantir à justa indenização proteção contra as fases incertezas da moeda nacional. Do contrário o sujeito passivo da desapropriação sofreria perdas significativas.

Assim, pode-se dizer que a aplicação da correção monetária no processo expropriatório constitui-se em uma cláusula de desvalia da moeda, servindo para a retificação da expressão numérica dos valores jurídicos e, ainda, como um “termostato da indenização, ajustando-se à realidade mediante um novo processo de compensação”. (GARCIA, p. 175, 2015)

A correção ou atualização monetária é cabível quando o laudo aceito tiver sido feito há mais de um ano da decisão final que determinou a transferência da posse e da propriedade. Essa correção pode se exigida em todas as fases ou instâncias, desde já tenha passado um ano e um dia do laudo. A Súmula nº 67 do STJ³⁹ elucida que atualização monetária é cabível, mesmo que mais de uma vez, e ainda que fora do prazo de um ano entre o cálculo e o efetivo pagamento da indenização. (DIOGENES, p. 918, 2012)

3.5.4 Honorários

Os honorários do advogado também são chamados de honorários advocatícios, ou verbas honorárias. O artigo 27, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41⁴⁰, significa que não existe limitação ao valor do honorário do advogado na ação expropriatória, estes devem ser estabelecidos entre ½ ou 0,5% e 5% do valor da diferença entre o preço ofertado e o valor da indenização. (CUNHA, p. 400, 2010)

Este artigo foi alterado pela Medida Provisória nº 2.183-56 de 2001. A base de incidência dos honorários foi mantida como o valor da diferença entre o quantum indenizatório firmado na sentença e o valor ofertado pelo expropriante no começo da ação. A nova legislação gerou duas mudanças. O percentual do honorário, que pelo Código de Processo Civil era de 10 a 20%, passou a ser de ½ e 5% do valor da referida diferença. Essa diminuição da porcentagem desvalorizou o trabalho dos advogados e permitiu que a Administração Pública apresentasse oferta quase insignificante pelo bem almejado. A segunda mudança foi no limite máximo do valor dos honorários, o artigo 27 do Decreto nº 3.365/41 limitou a R\$ 151.000,000 (cento e cinquenta e um mil reais). (CARVALHO FILHO, p. 878, 2014)

A aplicação do percentual entre 0.5% e 5% é ilógica. Este patamar não reconhece o duro trabalho dos advogados e ainda abre espaço para propostas ínfimas por parte do ente expropriante. Para o correto balizamento do percentual, o magistrado deve observar os fatores

³⁹Súmula nº 67 do STJ. Na desapropriação, cabe a atualização monetária, ainda que por mais de uma vez, independente do decurso de prazo superior a um ano entre o cálculo e o efetivo pagamento da indenização.

⁴⁰Art. 27. § 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais).

de avaliação do Código de Processo Civil, em seu artigo 20, §3º, alíneas a, b e c, e §4º. Estes elementos de avaliação seriam: zelo do profissional, o lugar de prestação de serviço, a natureza e importância da causa e do trabalho realizado pelo advogado e, ainda, o tempo exigido pelo serviço. Duas súmulas tratam da verba advocatícia: a Súmula nº 131 do STJ⁴¹ e a Súmula 617 do STF⁴².(GARCIA, p. 177, 2015)

3.5.5 Direitos de terceiros

No caput do artigo 26 da lei geral das desapropriações⁴³ é dito que direitos de terceiros contra o expropriado não estão incluídos na indenização. De fato, é mantido um sistema de indenização única, ou princípio da sub-rogação ou da unicidade. Em uma só soma estão contidos todos os direitos ligados à propriedade antes da desapropriação, dos sujeitos da relação e de terceiros. Com isso, o processo de desapropriatório ganha maior rapidez. Se este terceiro possui direitos obrigacionais ou pessoais, só poderá pedi-los com uma ação direta. Já se seus direitos são reais, aplica-se o artigo 31 do mesmo dispositivo legal⁴⁴, e, estes ficam sub-rogados no preço (ficam garantidos no valor da indenização da ação expropriatória). (GARCIA, p. 171, 2015)

A sub-rogação é um instituto indicativo da mudança na natureza do direito. O pecuniário originário da desapropriação substitui o direito de terceiro. O sujeito ativo da desapropriação deve apenas pagar a indenização, sem sofrer limitações para poder transferir o bem. Depositado o montante indenizatório, são os interessados que buscarão seus respectivos direitos. Se o bem estiver sujeito à hipoteca ou penhor, o direito do terceiro credor se sub-roga automaticamente no valor da indenização paralela ao seu crédito, vencendo a dívida antecipadamente. Pelo fato da lei não ter disciplinado o usufruto, outro direito real sobre coisa alheia, as soluções dadas são discrepantes. Para alguns, o proprietário e o usufrutuário podem exercer seus direitos em conjunto, um recebendo valor indenizatório, e o outro, os rendimentos oriundos deste valor. Isso seria possível porque a desapropriação não extingue o usufruto, só altera seu objeto de incidência do bem para o valor dado como sua indenização. Outros argumentam que na legislação faltou previsão da aquisição de outro bem semelhante para repassar os direitos de usufruto influenciados pela expropriação. Já a locação tem doutrina pacífica no sentido de que a desapropriação resolve seus contratos. Não existe sub-

⁴¹**Súmula nº 131 do STJ.** Nas ações de desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas.

⁴²**Súmula nº 617 do STF.** A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente.

⁴³Art. 26. No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado.

⁴⁴Art. 31. Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.

rogação, visto que não se fala em direito real. Se for provado que, com a desapropriação, o locatário foi prejudicado pela resolução contratual da locação, ele tem direito à reparação. Afinal, não há norma excludente da responsabilidade civil estatal nesta hipótese. Quem deve indenizar o locatário não é o locador, e sim o expropriante. (CARVALHO FILHO, p. 880-881, 2014)

4 IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE

4.1 CONCEITO

É um dos assuntos mais controversos devido à duvidosa constitucionalidade das disposições do Decreto-lei nº 3.365/41 que liberam a concessão da posse anteriormente, por meio do depósito do valor do cadastro do imóvel a ser desapropriado. Além disso, discute-se se caberia mesmo aos juízes fixarem o valor provisório da propriedade, segundo o proclame do artigo 15, caput, da legislação ordinária. (HARADA, p. 103, 2014)

A imissão provisória na posse é a transferência da posse do bem objeto da desapropriação para o expropriante, já no início da lide, concedida pelo juiz, se o Poder Público declarar urgência e depositar em juízo, em favor do proprietário, importância fixada segundo critério previsto em lei. (MELLO, p. 906, 2015)

Imitir, de acordo com o Novo Dicionário Brasileiro Melhoramentos (3ª ed., v. II/809), significa “meter-se em”.

Imitir na posse será, portanto, fazer alguém entrar na posse de algum bem ou coisa.

Eis por que, para Pedro Nunes, imissão é o “ato ou efeito de fazer entrar, de colocar ou estabelecer (na posse da coisa ou do direito)”. (SALLES, p. 327, 2006).

A imissão provisória de posse é a transferência, no início da lide, da posse do bem expropriado para o promotor da desapropriação. É obrigatoriamente concedida pelo juiz se alegada, pelo expropriante ou pelo promotor da desapropriação, a urgência e se depositado no Juízo da Desapropriação, em favor do expropriado, certo valor calculado, conforme o caso, segundo o que estabelece a Lei Geral de Desapropriações ou o Decreto-Lei n. 1.075/70. (GASPARINI, p. 947, 2012)

Este fato não deve ser confundido com o direito do expropriante de penetrar no imóvel com declaração de utilidade pública para fazer observações, baseado no artigo 7º do Decreto-lei nº 3.365/41. Este direito não transfere a posse do bem para o desapropriante, apenas permite a entrada de seus agentes para fazer apurações e medições moderadas, para não incomodar o dono. Por outro lado, a imissão transfere sim a posse da propriedade, de início provisoriamente, mas, pode ser definitivamente se o expropriante não desistir da desapropriação. (MELLO, p. 908, 2015)

Imitir é “fazer entrar, arremessar-se no meio de, introduzir-se”. É mais que penetrar. É penetrar e ficar. Imitir-se na posse é o fato físico e material de apreensão da coisa. A imissão é provisória ou definitiva. Nos processos expropriatórios, a imissão de posse definitiva no imóvel seria a regra, ao passo que a imissão de posse provisória deveria ser a exceção, mas não é, visto que, na prática, todos os decretos de utilidade pública autorizam a alegação de urgência e a imissão ocorre na quase totalidade dos casos de desapropriação. (NAKAMURA, p. 154, 2013)

A imissão provisória dos bens em desapropriação é classificada como um fato material e físico de apreensão. Entende-se como um ato judicial que transfere a posse da coisa que a

desapropriação objetiva, logo no começo da lide, como uma maneira legal do ente expropriante alcançar a posse. (CUNHA, p. 119, 2015)

No caso do Poder Público precisar urgentemente do imóvel para realizar procedimentos e opções de imediato, é justificável a imissão provisória na posse. Os interesses públicos, suas obras e serviços, seriam prejudicados com a demora da imissão definitiva através do processo expropriatório comum que percorre todas as fases. (NAKAMURA, p. 155, 2013)

4.2 PERMISSÃO LEGAL

A imissão de posse provisória gera controvérsias acerca de sua constitucionalidade. O fato de a lei ordinária permitir o desapossamento prévio por meio de depósito do valor cadastral do imóvel expropriado e a possibilidade do juiz fixar o valor provisório acaba por produzir conflitos com a doutrina.

Já que a desapropriação objetiva transferir a propriedade por meio da indenização prévia, a posse do ente expropriante normalmente se consolida com o fim da transferência e o pagamento da indenização. Mas não é sempre que isto ocorre. O Decreto-lei 3.365/1941 permite a imissão provisória na posse, ou seja, hipótese em que a Administração Pública conseguirá a posse provisória da propriedade antes do término da ação de desapropriação. Este Decreto serve de lei geral para a prática dessa imissão, enquanto que o Decreto-lei 1.075/1970 especificou o caso de expropriação de prédios residenciais urbanos incluindo um rito especial. Deste modo, se a emissão se der sobre posse de prédio residencial urbano, usa-se o Decreto-Lei 1.075, se se tratar de imóvel residencial em zona rural ou de prédio urbano não residencial, atenta-se para o art. 15 da lei geral, que é o Decreto-Lei 3.365⁴⁵. (FILHO CARVALHO, 2014, p. 858)

O Decreto-Lei 3.365 de 1941, por meio do seu artigo 15, normatiza os casos em que o expropriante pode sofrer imissão provisória na posse do bem a ser desapropriado. Todavia,

⁴⁵ Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens;

§ 1º A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito:

a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial;

b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;

c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;

d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originariamente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel.

§ 2º A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias.

§ 3º Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior não será concedida a imissão provisória.

§ 4º A imissão provisória na posse será registrada no registro de imóveis competente.

este não é o único diploma legal que regula a matéria, já que a imissão provisória na posse de prédios residenciais urbanos, habitados seja pelo proprietário ou pelo compromissário comprador, disciplina-se pelos ditames do Decreto-Lei 1.075 de 22 de janeiro de 1970. Além desses dois, o Decreto-Lei 512/1969 e a Lei Complementar 76/1993 também fazem referência a esta prática. O atual Código Civil de 2002 tão somente repetiu o disposto no artigo 485 do Código de 1916. Atualmente, a redação daquele considera possuidor qualquer um que possui o exercício de fato de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Assim, não houve mudanças radicais sobre o conceito. No seu modelo original, o artigo 15 do Decreto-lei 3.365, não possuía nenhum parágrafo. Em 1942, o Decreto-lei 4.152 adicionou o parágrafo único, posteriormente modificado pelo Decreto-lei 9.811 de 1946. Porém, a Lei 2.786 revogou este parágrafo único e acrescentou-lhe três novos. (SALLES, p. 327, 2006)

Observa-se que o artigo 15 da lei geral das desapropriações prevê que a imissão provisória na posse pode se dar de duas maneiras: antes da citação do réu expropriado e depois da citação do réu expropriado. A imissão depois da citação é prevista no caput do artigo referido, preceituando que se o expropriante alegar urgência e fizer o depósito do montante arbitrado conforme o artigo 685 do CPC, o magistrado mandará imiti-lo na posse dos bens provisoriamente. Este artigo 685 pertence ao Código de 1939, em vigor na época da edição do Decreto-lei nº 3.365/1941. Hoje, com a Lei 5.869, novo Código de Processo Civil, o depósito é regulado pelos artigos 802 e 803. A citação precisa ser válida para fixar o valor do depósito e para garantir todos os outros atos e termos da ação de desapropriação. Ao ser citado, o expropriado disporá de cinco dias para se opor ao valor dado pelo expropriante, apontando as provas que queira produzir. O termo inicial do prazo é a data em que o Mandado de Citação foi juntado. Se não houver contestação da oferta inicial no prazo o aceite é presumido. Mas, se houver impugnação o Juiz indicará a data da audiência de instrução e julgamento, caso haja prova para produzir. O prazo para apresentação do laudo deve ser reduzido pela urgência do artifício escolhido pelo ente expropriante e cabe ao juiz fixá-lo. Após apresentação do laudo é dado vistas às partes. Se para elas se faz necessário à intervenção de um perito ou de assistentes técnicos em audiência devem, pelo artigo 435 do Código de Processo Civil, formular seus quesitos. Ao fim da audiência o Magistrado arbitrará a quantia que deverá ser depositada pelo expropriante e mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens, assim que concretizar o depósito. Entretanto, se a urgência for tanta que não se possa esperar o expropriante tem a possibilidade de requerer a concretização antes que o réu seja citado. Nessa situação, o cálculo da quantia a ser depositada é regulamentado pelas alíneas “a” a “d” da lei geral de desapropriação. (SALLES, 2006, p.328-330)

A alínea “a” permite que a imissão provisória seja feita, independentemente de citação do réu, mediante depósito do preço oferecido pelo expropriante, desde que este seja superior a 20 vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial.

Não se perca de vista que a norma em exame veio à luz ao tempo em que o imposto predial era calculado com base no valor locativo do imóvel. (SALLES, p.330, 2006)

Porém, com a aparição da Lei 5.172 de 1966, a base de cálculo do IPTU - Imposto Predial Territorial Urbano, deixou de ser calculada sobre o valor locativo do imóvel passando a incidir sobre o valor venal. (SALLES, 2006, p.330). Diante da alteração da base de cálculo, o conteúdo da alínea “a” do §1º do artigo 15 perdeu seu objetivo, por não mais poder ser aplicado para efeito de imissão provisória na posse do imóvel. (SALLES, p.331, 2006)

A orientação dos tribunais tem sido no sentido de conceder a imissão provisória desde que o depósito seja acima do valor venal comprovado por certidão dada pela devida repartição fiscal. (SALLES, p.332, 2006)

Tal imposição fixada pela Lei 5.172 de 1966, igualmente atingiu as disposições contidas na alínea “b” do §1º do artigo 15, pois, como regra geral a comprovação do depósito da quantia correspondente ao valor venal do imóvel é requisito indispensável para que o julgador decrete a imissão provisória na posse, em favor do ente expropriante, dispensando-se, por conseguinte a citação do expropriado. (GARCIA, p. 123, 2015)

Na desapropriação por utilidade pública, a alínea “c” do § 1º do art. 15 do Decreto-lei 3.365/1941 permite que o magistrado decrete a imissão provisória na posse, antes da citação, desde seja depositado montante equivalente ao valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial urbano ou rural, se no ano fiscal imediatamente anterior o referido valor tiver sido atualizado. (SALLES, p. 335, 2006)

A condição da alínea “c” do 1º é para o caso da Administração Pública alegar urgência para a imissão ser decretada inaudita altera partes, deve ser extrema de acordo com o § 1º do art. 15. Desse modo, se houve atualização do valor do imóvel no ano fiscal anterior é este o valor que deverá ser depositado. No momento de elaboração da Lei nº 5.172/56 a base de cálculo do imposto territorial, urbano ou rural, era o valor locativo do imóvel, com ele era obtido o valor cadastral do imóvel. Dez anos depois a Lei nº 5.172/1966 Código Tributário Nacional modificou a base de cálculo do imposto sobre propriedade rural que passou a ser o valor fundiário (art.30), ou seja, o valor do terreno, e a base de cálculo do imposto sobre a propriedade urbana, que passou a ser o valor venal do imóvel (art.33). Em outras palavras, o valor locativo foi substituído pelo valor fundiário do imóvel rural e pelo valor venal do imóvel urbano. Deste modo hoje, para cumprir a exigência de depósito do valor cadastral da alínea “c” do § 1º do art. 15 do Decreto-lei 3.365/1941, deve-se comprovar que o valor fundiário do

imóvel rural, ou, valor venal do imóvel urbano, foi depositado antes mesmo da citação do réu. (GARCIA, p. 124-125, 2015)

A alínea “d” é a última do § 1º do art.15 da Lei de Desapropriações e explica que, “não tendo havido a atualização a que se refere o inc. “c”, o juiz fixará, independentemente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originariamente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel”. Este dispositivo dispõe como será permitida a imissão provisória na posse se o valor venal ou fundiário não tiver sido atualizado para mais ou para menos no ano anterior. Nesta hipótese, o magistrado estabelecerá a quantia a ser depositada independentemente da avaliação conforme os índices de valorização, ou desvalorização sobre o valor cadastral do imóvel expropriado fixado originariamente. O termo “originariamente” parece referir-se ao primeiro valor cadastral fixado, mas na verdade significa o último valor fixado pela repartição fiscal com competência para IPTU e ITR. É esse último valor que o juiz atualizará, segundo a valorização ou desvalorização incidente sobre o imóvel, a partir da data de fixação deste em que tiver valor. (SALLES, p. 336-337, 2006)

4.3 PRESSUPOSTOS

4.3.1 Urgência

Existem dois pressupostos para possibilitar a imissão provisória na posse pelo expropriante. Uma é a declaração de urgência e outra é o depósito do valor de acordo com a previsão legal. Se esses pressupostos forem observados, o poder público ganha direito subjetivo à imissão, sendo que o juiz não pode denegar requerimento dessa prática. É assim que prega o artigo 15 da lei geral, segundo o qual, se houver urgência e depósito prévio do valor acordado, o juiz tem dever de imitar provisoriamente o expropriante na posse do bem particular (CARVALHO FILHO, 2014, p. 859)

Devido a questões políticas, o legislador pátrio ao elaborar o Decreto-lei nº 3.365/41, permitiu a inscrição da alegação de urgência na própria declaração de utilidade pública, para que o poder expropriante ao necessitar do imóvel com urgência pudesse praticar atos que dependem da posse. Ampliam-se os entendimentos para a desapropriação de bens móveis, pois em alguns casos haverá necessidade de utilizá-los nas obras e serviços públicos pretendidos. A relevância do fato fundamenta a desapropriação de urgência. O interesse público deve ser tão forte que a administração pública tenha que adotar medidas extremas para que a coletividade não se prejudique, por esse motivo a comprovação da urgência é a primeira condição para que o ente expropriante se aposses provisoriamente dos bens. (GARCIA, 2015, p. 120)

O expropriante, que é o gestor dos interesses públicos, privatiza a caracterização da urgência, somente ele pode avaliar a urgência da imissão. Por outro lado, é fixado o prazo de 120 dias, do dia da alegação de urgência, para o requerimento da imissão na posse. Passado esse prazo, o Judiciário não pode mais deferir a imissão. Frequentemente a urgência é expressa no próprio decreto expropriatório, mas pode ocorrer posteriormente e até mesmo no curso da ação expropriatória. É importante lembrar que com a declaração de urgência e a falta da requisição por parte do expropriante, não é mais possível renovar a alegação (CARVALHO FILHO, 2014, p. 860).

Diogenes Gasparini (p. 948, 20120) alerta que não cabe contestação para declaração de urgência. O magistrado não está compelido a analisar essa declaração, visto que é ato discricionário. Edmir Netto de Araújo (p. 1161, 2014) esclarece que, devido ao princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a urgência alegada prescinde de demonstração ou prova do desapropriante, e vigora até que a Administração Pública pronunciar-se em contrário.

Se o expropriado conseguir mostrar objetivamente que a alegação de urgência é falsa, que não há urgência, o magistrado deve rejeita-la. Urgência não passa de um pressuposto legal para a imissão. Não se trata de uma palavra “mágica”. É possível declarar a urgência a qualquer hora, após a declaração expropriatória, dentro do seu prazo de caducidade. A urgência deve se promovida dentro do prazo de 120 dias, não cabendo prorrogação. Depois deve prazo não é mais permitido conceder a imissão. Isto está disposto nos § 2 e 3º do artigo 15 da lei geral⁴⁶. (MELLO, p. 906-907, 2015)

Quem avalia a presença ou não do pressuposto da urgência é o Poder Público. O Decreto-lei nº 3.365/41 fixa o prazo de 120 dias, a partir da alegação de urgência, para que o expropriante requiera ao juiz a imissão na posse. Desrespeitado esse prazo não é mais permitida a imissão, pois não se configura a urgência. Contudo a jurisprudência do STF vem flexibilizando a regra da urgência no decreto expropriatório, permitindo sua alegação durante o procedimento judicial da desapropriação. Isso torna o prazo de 120 dias ineficaz, já que ao invés do termo inicial ser a publicação do decreto expropriatório, ele pode ser o momento em que a urgência foi alegada no processo judicial. (CUNHA, p. 394-395, 2010)

⁴⁶Art. 15. § 2º A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias.

§ 3º Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior não será concedida a imissão provisória.

A declaração de urgência pode ser feita na declaração expropriatória e fora da declaração expropriatória. Nos dois casos essa alegação precisa ser veiculada por lei, decreto ou portaria, de acordo com o ato de declaração. (GASPARINI, p. 948, 2012)

4.3.2 Depósito prévio

Não basta a urgência, o segundo pressuposto da imissão provisória na posse é o depósito judicialmente arbitrado depois de a instrução sumária ser inicialmente processada. A lei impõe critérios para a fixação desse depósito, como o valor para efeito de imposto predial e territorial, ou valor locativo, entre outros critérios presentes no § 1º do artigo 15. Entretanto, pelo fato de os valores quase sempre resultarem em quantia muito menor que o valor real do bem, os Tribunais passaram a crer que este dispositivo legal não foi recepcionado pela Carta de 1988. Com essa visão, passou a ser pedido que o depósito prévio alcançasse um valor mais próximo ao valor real do bem, já na avaliação prévia. Assim, a avaliação é feita por perícia do juízo e é autônoma em relação à avaliação realizada pelo expropriante. Não obstante o entendimento dos Tribunais, o STF adotou orientação diversa. A corte superior defendeu que tal dispositivo foi sim recepcionado pela Constituição, consolidando sua posição com a Súmula 652. O Decreto-lei nº 1.075/1970 previu um procedimento inicial sumário, diferente dos critérios da lei expropriatória, com a prova pericial e o cabimento de impugnação do preço ofertado, para que pudesse ser arbitrado um valor compatível com a natureza do bem. O debate sobre a quantia do depósito prévio não enfraquece sua imprescindibilidade, pois só com o depósito do valor arbitrado anteriormente a imissão na posse pode ser autorizada na esfera judicial. Sem esse requisito, o Juiz deve preencher a omissão e mandar que o expropriante deposite imediatamente o valor que a perícia do juízo firmar independente da fase de tramitação do processo. Imissão provisória na posse sem que haja o depósito correspondente fere o princípio da prévia indenização protegido pelo artigo 5º, XXIV do Texto Magno. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 860-861)

O arbitramento constante no caput do art. 15 da Lei Geral de Desapropriação enfatiza a avaliação judicial feita por perito, do valor do objeto litigioso em moeda corrente nacional. Já os artigos 14 e 24 garantem que o arbitramento seja sempre feitos por peritos judiciais. O Decreto-lei nº 1.075/1970, por sua vez normatiza a imissão da posse em imóvel residencial urbano habitado. Esse só será possível se não houver impugnação do preço oferecido pelo expropriando nos cinco dias subsequentes da intimação da oferta. Essa oferta pode apenas se basear no valor cadastral do imóvel. (GARCIA, 2015, p. 120)

Mesmo que o depósito judicial ocorrido na imissão liminar na posse tenha como característica a provisoriedade, seria injusto se além de ter ficado sem a posse do bem, o expropriado ainda

esperasse o fim do processo para poder receber a indenização. Para combater esse problema, a lei permite que o expropriado levante parcialmente o depósito prévio dado pelo expropriante, correspondendo a até 80% da importância depositada, de acordo com o art. 33, § 2º do Decreto-lei nº 3.365. O direito ao levantar não depende do aceite do expropriado em relação ao valor oferecido ou em depósito. Ele pode exercer seu direito podendo ainda discordar dos valores sem repercutir no andamento normal do processo, que marchará normalmente até que sentença com indenização definitiva seja prolatada. Entretanto, algumas condições devem ser atendidas. A lei impõe a produção de prova da propriedade e a apresentação de certidão ou outro meio de prova de quitação de débitos fiscais incidentes sobre o bem expropriado. Também deve haver a publicação de editais junto ao cartório para informação de terceiros dentro de 10 dias. Se por acaso o domínio do bem for duvidoso, essa incerteza impede o levantamento de qualquer valor, ficando o depósito sob a custódia judicial. Somente mediante ação própria é que o interessado poderá reivindicar a propriedade do bem. Isto porque, a disputa do domínio não pode atrasar o trâmite do processo expropriatório, caso contrário o Poder Público sofreria gravame. (CARVALHO FILHO, p.861-862)

O valor do depósito é arbitrado nos termos dos arts. 802 a 812 do CPC, que substituíram o procedimento do art. 685 do CPC de 1939, mencionado no caput do art. 15 da Lei Geral das Desapropriações. Essa parece ser a melhor orientação, pois se vem entendendo que o § 1º e suas alíneas do art. 15 da Lei Geral das Desapropriações não foram recepcionados pela vigente Constituição Federal. (GASPARINI, p. 949, 2012)

O expropriado tem a faculdade de fazer o levantamento desses 80% e continuar com a lide para debater o valor justo capaz de indenizá-lo. Do contrário, se ele concordar com o valor que foi depositado, poderá levantar tudo, 100% do depósito, aprimorando a expropriação. Esse direito de retirar 80% do depósito, em caso de objeção ao preço, está destacado no artigo 33, § 2º do Decreto-lei nº 3.365/41⁴⁷. (MELLO, 907, 2015)

Quanto ao cálculo do valor do depósito, existem duas formas legais de fazê-lo, dependendo do tipo de imissão provisória. Se for uma imissão geral, é calculada conforme o § 1º do artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41. Já se for uma imissão específica de imóvel residencial urbano, o cálculo segue o Decreto-lei nº 1.075/70. Este último só será aplicado como reunião de três requisitos. Precisa se tratar de desapropriação por utilidade pública, o seu objeto deve ser prédio urbano residencial, e deve haver a habitação do proprietário ou promissário comprador

⁴⁷ Art. 33. O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização.

§ 1º O depósito far-se-á no Banco do Brasil ou, onde este não tiver agência, em estabelecimento bancário acreditado, a critério do juiz

§ 2º O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto neste e no art. 15, observado o processo estabelecido no art. 34.

que registrou a promessa no Registro de Imóveis. Nessa imissão, em particular, o Poder Público deposita o valor que entende adequado e, se o expropriando se opuser tem cinco dias para intimar a oferta. A vantagem do Decreto-lei ^o 1.075/70 é o cabimento de impugnação sobre o preço proposto pelo desapropriante, com base no seu artigo 1^o⁴⁸, e, com ela o magistrado arbitrará outro valor. O Decreto-lei n^o3.365/41 não permite impugnação ou arbitramento do preço.

(DI PIETRO, p. 221, 2015)

Com a impugnação, o magistrado firmará em 48 horas o valor provisório do imóvel urbano. Pode este, se for preciso, servir-se da avaliação e laudo de perito dados no prazo de cinco dias, segundo o artigo 2^o⁴⁹ do mencionado diploma legal. (MELLO, p. 907, 2015)

Em resumo, de acordo com Diogenes Gasparini (p. 950, 2012), se o magistrado fixar valor superior à oferta, o sujeito ativo da desapropriação fica obrigado a completar o depósito até a metade do montante arbitrado de acordo com o artigo 3^o do Decreto-lei n^o 1.075/1970⁵⁰.

O artigo 4^o⁵¹ do referido decreto-lei, se o valor arbitrado superar o dobro do valor oferecido, o desapropriante tem a obrigação de suplementar o valor do depósito fixado no laudo de arbitramento judicial, porém, só está obrigado a depositar até o limite máximo de 2.300 salários mínimos. O sujeito passivo da desapropriação, por sua vez, poderá levantar integralmente esta importância (metade do valor provisório) equivalente a 50% do valor arbitrado prosseguindo a lide. Se o laudo judicial fixar valor igual ou inferior ao dobro do preço oferecido, segundo o artigo 5^o Decreto-lei n^o 1.075/1970⁵², o desapropriando tem a faculdade de levantar 80% do preço oferecido pela Administração Pública ou metade do valor fixado no arbitramento judicial, e prosseguir na lide para apurar do real valor do bem. (MELLO, p. 907-908, 2015)

4.4 DESAPROPRIAÇÃO E A IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE

⁴⁸ Art. 1^o. Na desapropriação por utilidade pública de prédio urbano residencial, o expropriante, baseado urgência, poderá imitar-se provisoriamente na posse do bem, mediante o depósito do preço oferecido, se este não for impugnado pelo expropriado em cinco dias da intimação da oferta.

⁴⁹ Art. 2^o. Impugnada a oferta pelo expropriado, o juiz, servindo-se, caso necessário, de perito avaliador, fixará em quarenta e oito horas o valor provisório do imóvel.

Parágrafo único. O perito, quando designado, deverá apresentar o laudo no prazo máximo de cinco dias.

⁵⁰ Art. 3^o. Quando o valor arbitrado for superior à oferta, o juiz só autorizará a imissão provisória na posse do imóvel, se o expropriante complementar o depósito para que este atinja a metade do valor arbitrado.

⁵¹ Art. 4^o No caso do artigo anterior, fica, porém, fixado em 2.300 (dois mil e trezentos) salários-mínimos vigentes na região, e máximo do depósito a que será obrigado o expropriante.

⁵² Art. 5^o O expropriado observadas as cautelas previstas no artigo 34 do Decreto-lei n^o 3.365, de 21 de junho de 1941, poderá levantar toda a importância depositada e complementada nos termos do artigo 3^o.

Parágrafo único. Quando o valor arbitrado for inferior ou igual ao dobro do preço oferecido, é lícito ao expropriado optar entre o levantamento de 80% (oitenta por cento) do preço oferecido ou da metade do valor arbitrado.

4.4.1 Momento de consumação da desapropriação

A desapropriação só é dita consumada quando a importância da indenização for recebida pelo desapropriado (ou consignada), substituindo compulsoriamente o objeto da desapropriação, e o bem for incorporado ao patrimônio do expropriante por aquisição originária. (ARAÚJO, 2014, p. 1150)

Considerando que o artigo 5º, XXIV, da Carta Magna condiciona a expropriação à prévia e justa indenização, resta claro que esta não se consuma antes que a indenização esteja paga. Por conseguinte, a Administração Pública só adquire o bem e o particular só o perde com o pagamento do valor indenizatório. Essa regra geral tem exceções no próprio texto constitucional como o artigo 182, § 4º, III, e os artigos 185 e 186. (MELLO, p. 913, 2015)

A regra geral é que o pagamento da indenização é prévio e em dinheiro, e este aperfeiçoa a desapropriação, nos casos previstos na Constituição. Mas há ressalvas a esta regra. A desapropriação por interesse social é pagas através de títulos da dívida pública. Aqui, a entrega dos títulos ao expropriante conclui a desapropriação. Outra exceção é a desapropriação para fins de reforma agrária, cujo pagamento é entregue como títulos da dívida agrária contendo cláusula que preserve seu valor nominal. Estes podem ser resgatados dentro de vinte anos, passado um ano da sua emissão. Os registros formalizados da desapropriação servem para gerar efeitos sobre terceiros. Atenta-se para a ausência de natureza constitutiva do registro imobiliário. (JUSTEN FILHO, p. 604, 2014)

O fato de ter de ser prévia esta indenização levou os autores a buscar o momento em que se consuma a desapropriação, ou seja, quando o bem deixa de pertencer ao patrimônio do expropriado e passa a integrar o do Poder expropriante. Encontrado esse momento, prévia será, então, a indenização que lhe antecedeu. Procurou-se, destarte, responder á indagação: prévia a quê? A resposta veio: prévia à posse; à declaração expropriatória; á tradição, se móveis; à transcrição, se imóveis; á sentença; á decisão definitiva; à consumação. Esses momentos não satisfazem porque a justa indenização, na prática, acaba ocorrendo depois que o Poder expropriante já exerce sobre o bem todos ou quase todos os poderes inerentes ao domínio (uso, gozo, fruição), o que contraria a Constituição, que exige seja prévia. A busca ainda persiste, ou seja, antes do pagamento da plena indenização, resolvendo assim o valor em termos jurídicos. Na prática, porém, a dificuldade continua a mesma. (GASPARINI, p. 916-917, 2012)

Para Diogenes Gasparini (p.917, 2012) não é possível compatibilizar a previedade da indenização com o momento da consumação expropriatória, isso só seria possível na teoria. A consumação se dá pelo pagamento ou consignação do valor indenizatório, e é quando a propriedade é transferida. OS momentos da consumação e do pagamento seriam inseparáveis, seria um só. Essa questão é discutida só na desapropriação por via judicial, pois na via administrativa ou amigável ela pode ser paga posteriormente por acordo com concordância do expropriante.

A imissão provisória na posse, em qualquer hipótese, só se dará após o integral pagamento do preço, conforme o fixado no acordo ou na decisão judicial final, que adjudicará o bem ao expropriante, transferindo-lhe o domínio com todos os seus consectários. Mas é de observar-se que desde a imissão provisória na posse o expropriante auferirá todas as vantagens do bem e cessa para o expropriado sua fruição, devendo cessar também todos os encargos correspondentes, notadamente os tributos reais. (MEIRELLES, p. 691, 2013)

A redação do artigo 29 do Decreto-lei n/3.365/41⁵³ esclarece que a Administração Pública precisa produzir duas provas. Deve provar o valor da condenação firmada pela sentença, e também provar que a indenização foi paga ou consignada. (GARCIA, p. 188, 2015)

Segundo este dispositivo, só após a consignação ou o pagamento é permitido a imissão de posse em favor do expropriante. Inclusive, a sentença vale como um título para ser transcrito no registro de imóveis. Como a expedição do mandado de imissão na posse exige os requisitos do artigo 29, o expropriante consegue o direito de ser imitado na posse do bem com a comprovação do pagamento do valor da indenização e, após os autos certificarem o trânsito em julgado da sentença fixadora desse valor. (GARCIA, p. 188, 2015)

Tendo ocorrido no curso do procedimento expropriatório, imissão provisória do expropriado na posse do imóvel, é evidente que, com o pagamento da indenização e a expedição do mandado de imissão nos termos do art. 29 do Dec. lei. 3.365/1941, a imissão prévia se transformará em definitiva. (SALLES, p. 682, 2006)

É a indenização que promove a aquisição da propriedade pelo sujeito ativo da desapropriação (expropriante) e a perda pelo sujeito passivo (expropriado). O artigo 29 indica que, mesmo que o pagamento da indenização consuma a desapropriação, é necessário regularizar esta transferência junto ao Registro de imóveis. A sentença, então gera dois efeitos, pois, concede imissão definitiva na posse do bem e, se o bem for imóvel serve de título apto a transcrever a propriedade no Registro de imóveis. (CARVALHO FILHO, p. 865, 2014)

Na prática, no entanto, é certo dizer que o proprietário perde o bem quando há imissão provisória de posse ou nos casos de desapropriação indireta, dado que o Poder Público desapropriante pode até inscrever no Registro Imobiliário competente o mandado de imissão provisória de posse. Nessas situações só lhe resta o direito de receber a indenização e mesmo assim a posteriori da perda, em termos práticos, da propriedade. Sobre a consumação, por fim, diga-se que há consenso entre os autores, já que uns entendem que a consumação ocorre com a tradição, se o bem é móvel; ou com o registro do ato de transferência, se o bem é imóvel. Na prática, no entanto, o proprietário do bem já perdeu o bem desde a imissão provisória de posse. (GASPARINI, p. 924, 2012)

Para José dos Santos Carvalho Filho (p. 865, 2014) a transferência é consumada quando paga ou consignada a indenização. Para ele o momento do pagamento e da transferência é idêntico e um só.

A respeito disputam representar a exata solução para o problema as seguintes posições doutrinárias e jurisprudenciais:

⁵³ Art. 29. Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis.

- a)-os que vêm no decreto declaratório da utilidade pública o momento consumativo da transferência do bem expropriado;
- b)-os que indicam o pagamento da indenização como ato dotado dessa eficácia;
- c)-os que vêm no trânsito em julgado da sentença do artigo 29 do D.L.3.365/41 a condição necessária para que isso se opere;
- d)-os que deferem ao registro da sentença no Cartório de Imóveis essa eficácia;
- e)-e, finalmente, os que atribuem à expedição do mandado de imissão de posse, também mencionado no artigo 29, o papel de ato translativo da propriedade do bem para o patrimônio público. (PASSOS, p. 63, 1982)

A expedição do mandado de imissão definitiva só se dá após o pagamento ou a consignação da indenização. O magistrado checará se depois do trânsito em julgado da sentença o sujeito ativo da desapropriação cumpriu com uma dessas condições: consignação ou pagamento. Se sim, ele manda expedir o mandado de imissão definitiva. A sentença escrita no artigo 29 se refere àquela que fixa o valor indenizatório. Esse despacho que ordena a expedição do mandado de imissão, a primeira vista, é irrecorrível. Entretanto, se uma vez proferido, gerar questão incidentária para ser cuidada por decisão interlocutória, caberá agravo, conforme o artigo 522 do Código de Processo Civil⁵⁴. Caberá agravo, por exemplo, quando o despacho do magistrado ordenou concessão do mandado de imissão, embora a indenização não tenha sido paga totalmente. Em suma, pode ser classificado como decisão interlocutória o ato com o qual o magistrado mostra o pagamento se a expedição do mandado de imissão de posse não for considerada sentença. Este ato, portanto, é apelável. (SALLES, p. 680-682, 2006)

Pra J.J. Calmon de Passos (p. 66-74, 1982) a sentença que firma o preço do bem, assim como a ação expropriatória, tem natureza constitutiva. A doutrina diverge sobre os efeitos da sentença constitutiva da desapropriação. Para alguns ela tem eficácia translativa dispensando o registro imobiliário para transferir a propriedade para o patrimônio público. Para outros, seria o registro que operaria a transferência e não a sentença. Outros, como Seabra Fagundes, entendem que não é a sentença nem o registro que possuem eficácia translativa, seria o pagamento da indenização. Há quatro alternativas para a concretização dessa transferência. Ou ela ocorre coma a prolação da sentença ou seu trânsito em julgado, ou o acréscimo do pagamento indenizatório, ou a posterior transcrição no Registro de Imóveis (condicionado pelo pagamento ou consignação do preço na sentença). Por ser constitutiva a sentença final proferida na ação expropriatória cria um estado jurídico novo. Este estado pode alcançar só o futuro (efeito ex-nunc) a partir do trânsito em julgado ou, pode de disposto expressamente em lei, atingir momentos anteriores á prolação da sentença (efeito ex-tunc). O autor segue a posição de Pontes de Miranda. Para ele, com a sentença, o expropriante pode depositar o valor

⁵⁴ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

fixado pelo magistrado, transcrever o julgado no Registro de Imóveis e com isso transferir para si a propriedade, mesmo com recurso do expropriante, com efeito, meramente devolutivo.

4.4.2 Diferença entre posse e propriedade

A palavra “provisória” demonstraria que apenas a posse seria envolvida na imissão, e não a propriedade. Esta, por sua vez, só será obtida depois que for apurado o verdadeiro valor da propriedade e quando este for pago. (MELLO, p. 906, 2015)

Existe uma estreita correlação entre o instituto da *propriedade e da posse*, mas, sob a ótica estritamente jurídica eles são necessariamente distintos. A teoria subjetiva da posse, adotada por Savigny, e a teoria objetiva, defendida por Ihering, buscaram explicar o conceito da posse. Savigny conceituou a posse como o poder pessoal de disposição física de algo, com intento de tê-la para si e defende-la contra as intervenções alheias. Para ele, posse é a capacidade física exercida por alguém a respeito da coisa, em outras palavras, é o conjunto do animus, detenção da coisa, e do corpus, desejo de tê-la como sua. Ou seja, seria necessário corpus e animus para que haja posse. Ihering questionava as teorias subjetivas afirmando que o intuito de ter a coisa como sua, o animus, seria dispensável por ter baixo valor. A teoria objetiva da posse se contenta apenas com o corpus, fato material de deter a disposição da coisa. Segundo Ihering, posse é a exteriorização e a visibilidade da propriedade, o poder de dispor da coisa. O Código Civil nacional de 1916 preferiu a teoria objetiva de Ihering, ao disciplinar, no art. 485 que o possuidor é qualquer um que possui de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade. (SALLES, p. 326, 2006)

Daí afirmar o Washington de Barros Monteiro: “A prova de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria de Ihering se encontra no art. 485, onde se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não de alguns poderes inerentes ao domínio, ou propriedade. Verifica-se por esse preceito legal, que a posse, em nossa sistemática jurídica, é o exercício de fato dos poderes constitutivos do domínio, ou propriedade, ou de algum deles somente, como no caso de direito real sobre coisa alheia. Aplicada aos direitos reais (coisas incorpóreas), ela recebe o nome de quase posse, por oposição à posse propriamente dita, que só se refere às coisas corpóreas”.(SALLES, p. 326, 2006)

Embora a transferência de domínio do bem objeto da desapropriação ainda não tenha ocorrido, é inquestionável que, ainda que provisória, a imissão na posse afeta o proprietário de forma implacável. Sua realização, na prática, bloqueia totalmente a capacidade do proprietário de usufruir de sua propriedade, ou seja, na vida, a propriedade já foi perdida. Para equilibrar este cenário, algumas obrigações do proprietário têm sido suprimidas como, por exemplo, obrigações tributárias. A responsabilidade por tributos, incluindo IPTU, do proprietário de imóvel que sofreu desapropriação por utilidade pública é interrompida com a aprovação da ação da imissão da posse provisória e sua posterior efetivação. Precisamente pela natureza

desse fato, a imissão provisória passou a obrigar o registro da imissão provisória na posse no Cartório de Registro de Imóveis competente. Esta exigência é significativa e elogiável, visto que, o registro produz efeitos contra terceiros (*erga omnes*). Isso também viabiliza a ciência de qualquer terceiro interessado sobre essa rigorosa restrição à propriedade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 859).

Para Clóvis Beviláqua, citado por José Ailton Garcia (p. 188, 2015), a posse representa o exercício factível de todos ou de alguns dos poderes inerentes à propriedade ou ao domínio. Em igual sentido, José Carlos Moraes Alves considera a posse um poder de fato, exercido sobre um objeto, que detém proteção jurídica. Posse é um ato jurídico constituído por *corpus* e *animus*. O primeiro é a coisa corpórea ou não, o outro é o intuito do sujeito de dominar o objeto. O artigo 1196 do Código Civil⁵⁵ vislumbra o conceito da posse. (GARCIA, p. 188, 2015)

O Código Civil de 2002 adotou a teoria de Jhering, cujo conceito de posse abarca dois princípios: o *corpus* e o *animus possidendi*. O primeiro é o controle físico e o exercício da coisa. Já o segundo é a intenção de ser proprietário e exercer o direito de propriedade. Sua tese defende que para haver posse basta o *corpus*. A posse seria um poder físico sobre a coisa, e a intenção de lhe tirar proveitos econômicos. Para ele, o possuidor só precisa ter alguns dos direitos do proprietário. A posse seria um direito juridicamente protegido e amparado pela lei, exceto nos casos em que possuir vícios e imperfeições. Por outro lado, Savigny, viu na posse um estado de fato que repercute em efeitos no mundo jurídico. Seria um simples poder de fato sem direito preexistente. Nesta tese, a posse surge como uma ocupação de imóvel, da demonstração de uma coisa, da violência, ou da ameaça, como, por exemplo, nas invasões. A posse recebe proteção por indicar a propriedade. Proteger a posse é proteger possuidores que não são proprietários. Se não fosse assim, os indivíduos teriam que provar seu direito de propriedade, tarefa árdua, pois, requer a comprovação das cadeias sucessivas da propriedade. É uma prova diabólica. Na maioria das vezes o possuidor também é o proprietário merecendo por isso igual proteção. A imissão provisória na posse durante a desapropriação é responsável por remover a posse das mãos do proprietário, e, pela forma como está regulada em lei, tem trazido muitos prejuízos tanto para possuidores quanto para proprietários. (NAKAMURA, p. 153-154, 2013)

Se assim é - e na prática ocorre dessa forma - o que é a *provisoriidade* alegada como qualidade da posse entregue à entidade desapropriante e que não se projeta no comprometimento permanente do bem objeto da desapropriação? Um bem afetado

⁵⁵Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

ao interesse público pode voltar ao patrimônio particular? Se a imissão *provisória* decorre da urgência do seu uso pela entidade pública como tem que se dar, e se esse uso demandar modificações no bem, às vezes mesmo a sua destruição (benfeitorias são desfeitas, edificações são postas abaixo para a realização de obras ou para a adequação do bem às suas finalidades públicas que passam a conduzir o seu uso), como poderia ser esse um exercício apenas precário ou provisório? Se, como asseverado por Hely Lopes Meirelles, todas as vantagens são transferidas para a pessoa pública e cessa o exercício dos direitos inerentes à propriedade pelo particular, como se cogitar de sua restrição ao emprego que se imponha para o cumprimento da demanda pública urgente? A entidade pública desapropriante é mera possuidora jurídica do bem, nos termos do art. 485, do Código Civil Brasileiro? Enfim, o que significa a provisoriedade observada pela doutrina como qualidade da imissão na posse concedida antes da transferência definitiva do domínio? (ROCHA, p. 43, 1996)

Grande parte da doutrina afirma que a posse obtida com a imissão provisória na posse seria uma posse provisória ou precária, diferente da posse proveniente da propriedade, já que o domínio só seria transferido ao fim da desapropriação. Apesar da repercussão desta tese e da serenidade de seus adeptos, cabe questionar se esta doutrina corresponde à prática da Administração Pública e, também, se é compatível com os ditames legais. O problema é se na vida prática essa posse realmente tem as características da provisoriedade ou precariedade, que supostamente a separam da transferência efetuada com a consumação da desapropriação. Discute-se se a propriedade pertencente ao interesse público, ao ter todo ser potencial usado pelo ente expropriante (ainda não proprietário do bem), continua sendo a posse caracterizada no Código Civil. Somente se esta caracterização persistir seria tolerável admitir a provisoriedade da posse imitada na imissão provisória. A posse na qual se emite o ente expropriante necessita de compreensão, pois, provisório é aquilo que possui transitoriedade e temporariedade, é algo passageiro. Porém, a posse obtida com a imissão provisória não é temporária nem transitória, visto que o bem que o desapropriante se apossou não volta ao patrimônio do expropriante. De resto, ao se permitir a imissão antecipada na posse do bem pela entidade expropriante são passados todos os direitos inerentes à propriedade à Administração Pública. Posteriormente no procedimento expropriatório, a transferência da propriedade é apenas formalizada. (ROCHA, p. 42-44, 1996)

O que se tem, pois na espécie, é uma antecipação da posse antes mesmo da transferência da propriedade. A posse é, em regra, definitiva. O que se há de ter em vista é que o domínio do bem não se realiza no mesmo momento da transferência da posse. Essa é concedida adiantadamente em relação à transferência da propriedade por força da demanda social de seu uso. (ROCHA, p. 44, 1996)

É necessário criar formas de transferir a propriedade satisfazendo a garantia de uma indenização honesta e justa. Surgem algumas propostas para apaziguar os problemas mencionados. Um delas seria possibilitar o pagamento in natura, ou seja, por meio de troca por outro bem, principalmente em se tratando de bem imóvel, desde que o proprietário consinta. Outra solução seria colocar todas as desapropriações, não só aquelas que objetivam

a reforma agrária, sob a égide do procedimento sumário especial. Além disso, seria muito produtivo se entre as varas da Fazenda Pública fossem criadas varas especiais de desapropriação, com competência privativa. (ROCHA, p. 51-52, 1996)

Segundo uma publicação da Comissão de Juízes das Varas de Fazenda Pública de São Paulo citada na Revista de Processo em 1990 (p. 115-116), na verdade, o desapropriado perde a propriedade no instante em que perdeu o poder de dispor de seu patrimônio e ficou incapacitado de usar e gozar do seu imóvel. Ou seja, na realidade, a perda da propriedade se deu juntamente com a perda da posse. Na desapropriação, assim como no caso de usucapião, o Poder Público recebe o bem imóvel quando este passa fisicamente para a disposição pública, não importando o registro imobiliário. O reles argumento de que o domínio só é transferido com o registro imobiliário proprietário, não é capaz de manter sua propriedade se ele se encontra afastado de seu bem e incapacitado de praticar atos de fruição. Esse entendimento atacaria o conceito de propriedade adotado pela Constituição e pelo Código Civil. Ademais, o desapropriado acaba de mãos atadas, sem poder reverter o problema, restando apenas discutir o preço.

A Comissão prossegue (p. 117) na análise da perda da propriedade:

Assim, perde o expropriado a propriedade no momento em que a Administração Pública é imitada na posse. Impróprio, portanto, se nos afigura, o entendimento de que se indeniza a perda da propriedade, e esta só se materializa com o registro imobiliário ou com o trânsito em julgado da sentença. A Constituição é clara ao estabelecer que se indenize a perda patrimonial no momento que esta perda ocorre, e não futuramente quando o desfalque de há muito já se consumou, e apenas se aperfeiçoa o ato translativo. De qualquer maneira, mesmo se fosse considerado que nas desapropriações é o registro imobiliário que transfere a propriedade do bem imóvel, ou o trânsito em julgado da sentença, não seria correto deixar de exigir a prévia indenização, vez que a dicção constitucional não permite que se impinjam prejuízos aos particulares. A Carta Política visou, precipuamente, dotar os expropriados de direito efetivo contra o Estado, e não de uma mera aparência de direito.

A publicação da Revista de Processo em 1990 (p.118) acima citada e critica a imissão provisória na posse. De fato ela seria definitiva, e não provisória, pois, o expropriado fica afastado do seu bem em definitivo. A imissão desagua na perda da posse e da propriedade, não importa o nome que receba: provisória, precária ou prévia. O sujeito passivo da desapropriação é expulso de seu bem graças a um mandado de imissão “provisória”, esgotando seu poder de dispor sobre ele. Com a imissão na posse, o sujeito ativo, ou expropriante, já pode usar todas as prerrogativas de dominus, como ocupação a área, demolições, modificações no seu uso, etc. Se eventualmente houver desistência da desapropriação, o bem apossado não será restituído, podendo estar desgastado e comprometido com invasões de favelas. O problema, então, é apenas terminológico porque a

perda da posse não é precária nem prévia. Há o desalojamento definitivo do expropriando. A justiça deve se importar com o que ocorre de fato: ele perde seu imóvel quando o Poder Público efetua a imissão provisória na posse.

4.4.3 O princípio da supremacia do interesse público sobre privado na desapropriação e na imissão provisória na posse

É imperioso destacar a exagerada invocação do princípio da supremacia do interesse público para concessão da imissão provisória na posse. É comum usar este argumento para dirigir o particular à via judicial para obter sua indenização. A Administração Pública tem uma experiência trágica com condenações exorbitantes durante processos judiciais de desapropriação. A falta de controle sobre o tamanho do valor da indenização gera danos para o próprio interesse público. Apelar para o interesse público em prol da posse de um bem e, por isso, pagar uma pesada indenização não parece compatível com a escassez de recursos estatais, não sendo a melhor solução. Por este motivo, a análise da compatibilidade da desapropriação com o interesse público deve ser feita na propositura da ação. Se a Administração pública não tem condição de pagar as despesas, a desapropriação não deveria prosseguir sem uma previsão do real valor devido ao expropriado. (JUSTEN FILHO, p. 653-654, 2014)

A supremacia do interesse coletivo sobre o individual, se estes forem incompatíveis é o fundamento político da desapropriação. O fundamento jurídico da teoria da desapropriação é baseado nos princípios políticos acolhidos no sistema do ordenamento jurídico. Os artigos 5º, XXIV, 182, § 4º, III, e 184 e parágrafos da Constituição Federal servem de fundamento normativo constitucional, enquanto que o infraconstitucional se encontra nas diversas leis e decretos-leis que regulam a matéria, principalmente o Decreto-lei 3.365, de 1941, a Lei 4.132, de 1962, e o Decreto-lei 1.075 de 1970. (MELLO, p. 888 e 889)

O conhecido princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, utilizado para justificar todos os privilégios materiais e processuais pilares do regime jurídico administrativo, se mostra como um dos paradigmas clássicos do direito administrativo em destaque diante das modificações advindas do Estado democrático de direito.

A conclusão, desde já adiantada para facilitar a clareza da exposição, dá-se no sentido de que a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo que é tocado. (SHIER, p. 218-219, 2005)

O administrador deixa de arbitrar isoladamente a definição do que seja interesse público e quando este sobrepuja o interesse do particular. Esta tarefa é passada aos juízos de ponderação

proporcional entre os direitos fundamentais e outros individuais firmados pela Carta Magna. (BINENBOJM, p. 29-30, 2008)

A concepção dominante é a do interesse público unitário originado do conjunto de interesses individuais dos membros da sociedade. Por esse motivo a supremacia é proclamada aprioristicamente e é usada para fundamentar as prerrogativas e privilégios materiais e formais da administração pública em relação aos seus administrados. Todavia, a concepção de que existe um interesse público totalmente diferente dos interesses pessoais e superior a eles não sobrevive ao constitucionalismo emergente, à democracia e principalmente aos direitos fundamentais e elementos do Estado Democrático de Direito. Também a ideia de um princípio jurídico que pregue a vitória a priori do interesse coletivo sobre o interesse particular, mostra absoluta incompatibilidade com a noção de um sistema aberto de princípios isentos de hierarquia, representados na figura da Constituição, devendo seguir por uma lógica de ponderação proporcional avaliando o estado real das coisas. A maioria da doutrina brasileira adota a concepção unitária de interesse público para em seguida afirmar que o interesse particular ou individual é dissociado daquele justificando tal supremacia. O primeiro problema encontrado neste princípio foi colocar uma norma de prevalência entre dois interesses que não passam de dimensões entre um e outro. (BINENBOJM, p. 30-31, 2008)

De outro lado, uma norma de prevalência apriorística não esclarece a questão mais importante da dicotomia público/privado ou coletivo/individual: Qual a justa medida da cedência recíproca que deve existir entre interesses individuais e interesses coletivos em um Estado democrático de direito? (BINENBOJM, p. 31, 2008).

Os princípios constitucionais possuem uma estrutura maleável e pluralista de direitos fundamentais que colidem com o princípio da supremacia como regra a priori. A administração pública tem a responsabilidade de efetuar uma ponderação dos interesses em jogo para aproveitar o máximo possível, em termos de otimização, e contrabalancear a grande fluidez inerente ao conceito de interesse público. Os princípios constitucionais possuem uma estrutura maleável e pluralista de direitos fundamentais que colidem com o princípio da supremacia como regra a priori. (BINENBOJM, p. 31, 2008)

Assim, as relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação a priori e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional se nas leis constitucionais, dentro do jogo de ponderações proporcionais envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade.

Cuida-se, em suma, de uma constitucionalização do conceito de interesse público, que fere de morte a ideia de supremacia como um princípio jurídico ou um postulado normativo que afirme peremptoriamente a preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o particular. (BINENBOJM, p. 33, 2008).

O princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, que se justificaria pela teoria idéia organicista ou utilitarista, é incompatível com o Estado

democrático de direito. Quando o texto constitucional prevê um direito, de forma explícita ou implícita, a lei, ou a Administração Pública, prevê uma relativização para o bem dos outros direitos coletivos. Portanto, salvo regra específica presente na Constituição, a escolha do interesse prevalente será feita com base numa ponderação proporcional dos interesses conflitantes de acordo com o caso concreto. Não é possível haver qualquer princípio ou postulado que firme a preferência a priori de uma classe de interesses sobre a outra, seja preferindo a classe individualista, seja a classe coletivista. Na verdade, interesse público é o nome do resultado final deste jogo de ponderação que, ora penderá para prevalência relativa de um interesse individual, ora de outro interesse coletivo. (BINENBOJM, p. 86, 2008)

Inobstante isso, nove entre dez manuais de direito administrativo publicados no Brasil continuam reafirmando não só a existência do princípio da supremacia do interesse público, como a sua suposta função de pedra angular do regime jurídico administrativo. (BINENBOJM, p. 86, 2008)

Para Daniel Sarmento (SARMENTO, p.52, 2005) duas teorias morais poderiam servir de esteio para a prevalência a priori dos interesses coletivos sobre os interesses individuais: o organicismo e o utilitarismo. Na tese organicista, o interesse público é superior e não se confunde com a soma dos interesses individuais. Por outro lado, o utilitarismo seria uma fórmula para maximizar o interesse público que se confundiria sim com os interesses particulares dos membros da sociedade. O organicismo teoriza que o indivíduo em sua essência compõe uma parte do todo social e que só assegurando o bem comum é possível realizar o bem de cada um. Na contramão destas duas posições, o individualismo teoriza que o interesse individual é superior aos interesses coletivos.

Para George Wilhelm Hegel, em seu livro *Princípios da Filosofia do Direito* de 2003, citado por Binembojm (2008, p. 82): “os indivíduos tem no Estado seu mais elevado ser”.

O organicismo antigo organicismo previa que as pessoas tinham valores diferentes, assim como certos órgãos têm funções mais nobres. O organicismo moderno dispensou essa desigualdade, mas, continua cultuando o Estado como se fosse um deus. Essa prioridade absoluta da coletividade sobre os particulares coloca a liberdade em perigo. A teoria organicista de Hegel foi manipulada por regimes totalitários no século XX como o nazismo. Com isso o Estado foi elevado ao patamar de finalidade absoluta da vida dos cidadãos. Entretanto, é o Estado que foi criado para possibilitar o alcance de projetos e metas de cada indivíduo, não importando quais sejam as “razões de Estado” invocadas pela comunidade política. O Estado deve sempre promover o bem dos indivíduos. Kant defendia que, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, cada pessoa é um fim em si mesmo não podendo ser usada para outro fim que não ela mesma, muito menos para um “organismo superior”. Já o

utilitarismo resume que o melhor remédio para um problema social e político é aquele que consegue a maior promoção possível dos interesses dos membros da sociedade. A diferença entre estas duas teorias é que no organicismo os interesses de um organismo coletivo superam os interesses dos indivíduos, enquanto que, o utilitarismo quer potencializar o bem-estar, a felicidade, a riqueza do máximo de pessoas possível com bom custo benefício. (SARMENTO, p.52-57, 2005)

Na noção utilitarista, suportada por grandes autores como Jeremy Bentham, Stuart Mill e Adam Smith, o interesse público estabelece que somente ações que maximizem os interesses da maior parte dos cidadãos serão aceitas moralmente. O utilitarismo admite que os interesses dos indivíduos possam conflitar, e a melhor solução é dar igual peso a eles. A incompatibilidade do utilitarismo com o Estado democrático de direito reside nas características dos direitos fundamentais adotadas pela democracia. Direito fundamental é aquele que reserva valores morais como a dignidade humana, ainda que não atinja os interesses do maior número possível de cidadãos. Esses direitos estão fora do comércio político. É certo que todo direito demanda em custo a ser analisado nas políticas públicas, mas a teoria utilitarista não pode ser o núcleo central do ordenamento jurídico, pois a dignidade de certos valores deve prevalecer independente de sua utilidade. (SARMENTO, p.59-62, 2005)

Diz-se, nesse sentido que o utilitarismo é uma concepção ética consequencialista, porque o juízo sobre determinado ato depende não da sua conformidade com os princípios morais anteriores, mas das consequências que ele produzirá sobre interesses dos membros da sociedade. (SARMENTO, p.60, 2005)

A maioria da doutrina e da jurisprudência brasileiras afirma que o princípio da supremacia existe e está implícito no texto constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello defende ardentemente este princípio a partir de um conceito de interesse público para seguir demonstrando efeitos de sua aplicação no direito administrativo nacional. O autor arremata que interesse público e interesse privado não passam de sinônimos. Para ele interesse público não passa de uma projeção coletiva de interesses particulares, representando o bem-estar interessante a todos os indivíduos. (BINENBOJM, p. 87-88, 2008)

Afinal, que sentido há na norma de prevalência se um interesse não é mais que uma dimensão do outro? Mais que isto: a dita norma de prevalência não esclarece a questão mais importante da dicotomia público/privado ou coletivo/individual: qual a justa medida da prevalência de um sem que haja a ablação total do outro? (BINENBOJM, p. 88, 2008)

Maria Sylvia Zanella di Pietro confirma a existência do princípio debatido, e, o tem como base principal do direito administrativo e constitucional. Mesmo que a modernidade insira relativizações este é um axioma intocável. O interesse particular seria puro reflexo já que as normas de direito público atendem ao bem maior coletivo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em seu livro *Direito Administrativo*, de 2004, página 70, citado por Binjenbojm (p. 89, 2008) defende que: “Se a lei dá a Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual.”

No entanto, a redação da autora confunde caracteres de outros princípios com dentro de seu conceito de interesse público. Por exemplo, os princípios da moralidade e da impessoalidade servem para afastar interesses pessoais que possam corromper o Poder Público. É comum que a doutrina ponha em cheque interesses particulares ilegítimos de frente para interesse públicos legítimos quando a dicotomia público/particular em questão se refere a interesses legítimos da parte a parte. Só então se busca o socorro de parâmetro normativo que balanceie esses interesses com uma resolução otimizada pela lei constitucional e infraconstitucional. (BINENBOJM, p. 89-90, 2008)

Ocorre uma invocação excessiva da supremacia do interesse público sobre o interesse particular para a justificação da imissão provisória na posse. É imperioso lembrar a triste experiência do Poder Público em matéria de condenações vultosas no curso de processos desapropriatórios. Não há controle das dimensões dos valores indenizatórios a serem pagos pelos cofres públicos. Invocar este princípio para obter a posse de um bem e ter de arcar com indenizações astronômicas não parece salutar para a administração pública. Como solução a análise do interesse público deve ser feita na fase inicial do processo de desapropriação. Se o expropriante não possui condições para pagar as despesas correntes, é inadmissível iniciar a desapropriação sem que se faça uma avaliação prévia mais próxima possível de uma realidade. Certamente a adoção de tal procedimento iria minimizar os efeitos do desnecessário esvaziamento dos cofres públicos com pagamentos de indenizações sem o devido planejamento. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 653-654).

As prerrogativas estatais sobre os particulares se justificavam em razão daquela visão do interesse público como superior à satisfação dos interesses individuais. Hoje, com a crescente identificação do interesse público justamente como a maior satisfação possível dos interesses dos cidadãos, o papel dessas prerrogativas, com a consequente exclusão do direito protetivo dos interesses individuais, deve ser atualizado. O interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagonicos, passam a ser vistos como em princípio reciprocamente identificáveis. (ARAGÃO, p.3, 2005)

Paulo Ricardo Schier (p. 237-238, 2005) elaborou quatro hipóteses para estudar a existência do princípio ora discutido na aplicação prática do texto constitucional. Na primeira hipótese os interesses públicos e privados chegam a um equilíbrio harmônico. É o caso, por exemplo, da função social da propriedade, que não satisfaz apenas um deles, mas os dois. Aqui não é

necessário haver supremacia alguma. A segunda representa a prevalência a priori de um interesse sobre o outro. Pode ser que prevaleça o público, como no artigo 5º, XXV, da Constituição, que possibilita o uso de propriedade privada frente a eminente perigo. Ou, no caso da inviolabilidade da casa, artigo. 5º, XI, em que o interesse privado se sobrepõe. Neste caso também não se vislumbra supremacia, pois, será feita uma ponderação. A terceira ocorre quando a lei infraconstitucional está autorizada pela Carta Maior a restringir interesses particulares em alguns casos. Mas, para sobressair, o interesse público não pode negar de forma absoluta o interesse particular. Exemplo, o artigo 5º, XII, da Constituição que fala do sigilo de dados e comunicações telefônicas. A quarta e última hipótese se dá quando a Constituição não esclarece expressamente a colisão entre determinados interesses públicos e privados. É necessário conhecimento do caso concreto para descobrir qual prevalecerá. Aqui, não há supremacia incondicional de qualquer dos dois interesses, ela varia conforme o caso concreto. Ou seja, em nenhuma das hipóteses há supremacia irrestrita, incondicional ou absoluta. (p. 237-238, 2005)

Uma nova abordagem do assunto, no Direito Brasileiro é formulada por HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, notável jurista gaúcho que, em importante e consistente trabalho, refuta a existência de um princípio constitucional de supremacia do interesse público sobre o privado, sustentando, ademais, que tal suposta (e inexistente) supremacia não pode ser havida sequer como um “postulado” explicativo do Direito Administrativo, concluindo com as seguintes assertivas: a) não há uma “norma-princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular, no Direito Brasileiro; b) a Administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse “princípio”; c) a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. (OSÓRIO, p. 71, 2000)

Humberto Ávila esvaziou, sobre o ângulo conceitual e sobre o ângulo normativo, o conceito do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. A prevalência absoluta e abstrata do interesse público fere o próprio conceito de princípio, cuja característica é a aplicação gradual. Nesse prisma o “princípio” discutido não entraria na classificação pretendida. Sob o ângulo normativo, Ávila trouxe três justificativas para sua falta de respaldo na norma. Primeiro, ele não resulta da análise sistemática do ordenamento jurídico, segundo, dissociação erroneamente o interesse privado, e terceiro, é incompatível com os postulados constitucionais. O foco do texto constitucional é a garantia dos interesses individuais, guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A aceitação da supremacia do interesse público como norma-princípio confronta a ampla proteção dos interesses privados, por isso não pode ser extraído da Constituição. Além disso, ele contraria os postulados constitucionais

da concordância prática e da proporcionalidade. Segundo a concordância prática, os bens jurídicos estão coordenados com igual proteção, o que ajuda na sua ponderação. Já o postulado da proporcionalidade baliza que para interpretar e aplicar normas envolvidas é proibido excluir um dos bens jurídicos. Deve haver otimização das opções possíveis, pois a ponderação está associada à proporcionalidade. (BINEMBOJM, p.140-144, 2005)

A supremacia do interesse público não tem o conceito de uma norma-princípio, pois possui somente um grau de aplicação, independente das circunstâncias das normas e do caso concreto. Também não é classificado como uma norma-princípio, já que, normativamente, não é um princípio jurídico-constitucional imanente. Assim nem conceitualmente, nem normativamente pode se descrever uma relação de supremacia. A descrição dos interesses públicos não pode se separar dos interesses privados sob a perspectiva da atividade administrativa. Após realizar ponderações, conclui-se que a “princípio da supremacia” tampouco é apontada como um postulado explicativo do Direito Administrativo. Os interesses privados fazem parte do interesse público. Por conseguinte é impossível descrever esta “supremacia” em contraposto ou isolando os interesses privados. Ademais, ele só pode ser reproduzido com referência à um problema concreto. (ÁVILA, p. 213-214, 2005)

Gustavo Bnembojm (p. 144-146, 2005) condensou a argumentação de Humberto Ávila sobre a impossibilidade do “princípio da supremacia do interesse público” ser considerado um postulado normativo. Postulados normativos servem para explicar os fenômenos decorrentes do ordenamento jurídico. Existe uma grande variedade de interesses protegidos pela Constituição, sendo que um simples princípio de Direito Administrativo não pode dar preferência a apenas um deles. Um postulado adequado deveria conferir unidade e reciprocidade aos interesses constitucionalmente consagrados. Para ser possível a afirmação de que os interesses públicos prevalecem sobre os particulares é necessária a presença de três pressupostos imprescindíveis. Antes de tudo, os interesses públicos precisariam ser totalmente dissociados dos particulares, o que claramente não se vislumbra. Com isso o núcleo central do Direito Administrativo deveria ser a relação antagônica entre Estado/cidadão. No entanto, na prática não há essa bipolaridade e as relações administrativas apresentam múltiplos objetos. Por último, o interesse público contaria com um conceito ao mesmo tempo objetivo e abstrato. Entretanto a dimensão verdadeira do interesse público somente pode ser encontrada concretizando os dispositivos normativos perante uma situação real.

Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Gustavo Binenbojm, define o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (BINENBOJM, p. 29, 2008)

Celso Antônio Bandeira de Mello, tratou o interesse público como sendo necessário racionalmente para a comunidade política. Ele o enxergou como um postulado ético-político, e não como uma norma-princípio ou um postulado. (ÀVILA, p. 205, 2005)

4.4.4 Constitucionalidade da imissão provisória na posse

O artigo 5º, inciso XXIV da Carta Política de 1988, consagra que só se efetiva a desapropriação depois do justo preço ter sido pago. O depósito do preço que o juiz da causa dispôs em sentença é visto como um prévio pagamento. Este pagamento só é exigível para a consumação efetiva do processo expropriatório, que se dá com a transferência do domínio para a administração pública.

Na verdade, pagamento prévio só é exigível para a efetiva consumação da desapropriação, que se dá com a transferência do domínio para o Poder Público. É, pois, a imissão definitiva na posse regulada pelo art. 29 da lei de desapropriação, que deve ser precedida do pagamento do justo preço fixado por sentença. (HARADA, 2014, p.105)

De acordo com o entendimento de Kiyoshi Harada, (2014, p.105), o requisito da previdade não se aplica a imissão provisória. Esta por si só não gera transferência de domínio. Além disso, a Constituição vigente não colocou critérios objetivos para a apuração prévia do preço justo. Por esse motivo, a matéria acerca da prática foi regulada por uma lei ordinária, conciliando o interesse público com o interesse particular. O Decreto-lei nº 1.075/1970 foi então editado para preservar a Segurança Nacional diante do descontentamento acerca do desalojamento de milhares de proprietários urbanos. Ela permitiu que o valor cadastral fosse depositado, mesmo sendo inferior ao valor apurado no processo de desapropriação. Sobre tal abordagem, o Supremo Tribunal Federal ainda não esboçou nenhum posicionamento sobre a inconstitucionalidade das disposições legislativas relativas à imissão provisória.

A constitucionalidade do §1º do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41 vem sendo proclamada por quase todos os Tribunais do país, inclusive pela Suprema Corte que, com cautela e sabedoria habitual, já fixou o entendimento de que o depósito da oferta para fins de imissão “*não tem em vista a cobertura do desfalque patrimonial imposto ao particular, mas uma contraprestação capaz de retirar da medida excepcional o caráter de gratuidade*” (RE 91.611/PE, RTJ 101/719). (HARADA, 2014, p. 109).

A indenização prévia é traduzida pelo pagamento do justo preço firmado por sentença por meio de perícia regular ou acordo entre os sujeitos da desapropriação. Ela justifica a imissão de posse definitiva que conduz a transferência da propriedade. Este é o conteúdo do princípio constitucional da previdade. Contudo, frente a valor venal manifestamente ridículo, há presunção lícita de que o mesmo não foi atualizado corretamente em referência ao exercício

imediatamente anterior ao da desapropriação. Há chance para invocar o caput do art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, para avançar com o arbitramento do montante do depósito a ser feito em prol da imissão prévia. Este depósito, por sua vez difere do preço da indenização e com ela não se confunde. (HARADA, 2014, p. 110).

A rigor é possível vislumbrar inconstitucionalidade da figura da imissão provisória na posse. O Texto Magno preconiza que para a transferência de propriedade é necessário que haja pecúnia da indenização previa justa e em moeda corrente nacional. Logo, o artigo 15, § 1º do Decreto-lei nº 3.365/1941, vai de encontro senão ao desencontro do texto constitucional. Como consequência a imissão provisória na posse é irreversível. Deste modo a lei infraconstitucional estaria permitindo algo que a Carta Política de 1988 vedou. Em outras palavras o dispositivo legal deve ser considerado não recepcionado pela Constituição ainda que haja discordância de jurisprudentes nacionais. (FILHO JUSTEN, 2014, p. 651).

Quando muito, poder-se-ia adotar uma interpretação conforme para os dispositivos examinados. A imissão provisória na posse não é, em todos os casos, institucional. Sua aplicação deve ser restrita e excepcional, tomando em vista a garantia constitucional. Poderá haver casos em que a imissão na posse é indispensável para a satisfação de necessidades concretas e determinadas, apontadas de modo preciso. Se a delonga no processo expropriatório gerar risco de perecimento de interesses, a imissão provisória será uma providência acautelatória admissível. Aplica-se o princípio da proporcionalidade, o que envolve verificar a ausência de outra solução menos lesiva ao interesse do expropriado. (FILHO JUSTEN, 2014, p. 651-652).

Contudo, a prática não depende apenas de urgência comprovada. É imprescindível que o ente expropriante prossiga depositando o valor da indenização mais verídico possível. Para isso são feitos estudos e pareceres com perícias confiáveis. É sabido por todos que a imissão provisória na posse produz efeitos sérios para o Poder Público, já que o particular não perde a propriedade até que providências legislativas sejam cumpridas, pode haver o surgimento de mais uma indenização, dessa vez pelas restrições sofridas. Além da indenização do valor será devido à indenização pelo uso desse bem no período entre a imissão provisória e o fim do domínio. Essa multiplicação da indenização a ser paga pelo ente expropriante demanda um valor altíssimo para os cofres públicos. A imissão provisória, portanto, deve ser a última alternativa evitada o máximo possível pela onerosidade demandada para os cofres públicos. (FILHO JUSTEN, 2014, p. 652).

A Constituição Federal (art. 153, §22) condiciona a perda da propriedade, mediante expropriação ao prévio pagamento de uma justa indenização. Prévia a que? Indaga PONTES DE MIRANDA. E esclarece: não à sentença que fixa a quantia da indenização: não se sabe quanto é. Se há recurso, não cabe exigir-se ou pagar-se, ou depositar-se. Portanto a previedade é em relação à transcrição do título, que é a sentença (somente a transcrição opera a perda da propriedade, tratando-se de

bens registrados) e em relação ao mandado de imissão, que o juiz não deve expedir antes de efetuado o pagamento ou depositada a quantia. (PASSOS, p. 75-76, 1982)

O requisito constitucional da prévia indenização é aplicado na desapropriação de todos os bens e direitos, por conseguinte, não há porque dissociar posse de propriedade. Não é cabível desvincular o momento da perda da posse do momento da transferência da propriedade para o patrimônio do expropriante, pois, se assim fosse, a prévia e justa indenização só seria cobrada neste último caso, restando a desproteção da posse. Além disso, a desapropriação pode objetivar a posse como direito autônomo independente da propriedade, mas com igual importância. (HARADA, p.130, 2014)

No perfil do Decreto-lei nº 3.365, de 1941 a indenização provisória subsiste com valor evidentemente inferior ao valor verdadeiramente justo da indenização que é determinada com o trânsito em julgado da decisão da segunda instância. A Administração Pública perdura na escolha do depósito, desligada da instrução sumária. Destarte, o expropriado sofre muito pouco e perde o bem, tendo que esperar muito tempo até a indenização para a aquisição de outro bem. Não há como negar que o processo de desapropriação é demorado. Da mesma forma que há atrasos e grande espera nos serviços do Judiciário nacional, há também demora no pagamento efetivo da desapropriação. Este panorama atual descumpra os ditames da Carta Magna. O legislador ordinário não pode ignorar que o expropriado na maioria dos casos perde desde cedo a capacidade de utilizar econômica sua propriedade, devido a tomada da posse em troca do recebimento de quantia reconhecidamente irrisória. Na prática o expropriado só avistará a indenização justa e prévia após dois anos ou mais. Esta realidade, manifestamente econômica e urbana, precisa ser encarada. O expropriado é desalojado do imóvel que reside, e, na prática, não tem possibilidade de conseguir outro equivalente, só outro pior. Mas, mesmo que aquela não seja a sua residência, ele tem o direito de propriedade protegido pela Constituição. Um regulamento jurídico ideal e mais conformado constitucionalmente daria o pagamento do preço justo logo no instante do desapossamento. Indubitavelmente tal regulamentação adequaria melhor à indenização justa e prévia. Entretanto, muitos duvidam que esta doutrina possa ser transportada para a vida prática, por este motivo, ela continua simplesmente idealizada. Mas é plausível tentar disciplinar a matéria o mais perto possível desse ideal e evitar ao o estado do expropriado antes de ser finalmente indenizado. (ALVIM, p.47-48, 1970)

Os mais renomados autores tem criticado a forma com que a legislação tem levado a efeito a imissão provisória na posse dos bens desapropriados. Apontam que essa imissão atinge o pressuposto constitucional do artigo 5º, XXIV da Constituição, que só permite a expropriação

por meio de indenização prévia, justa e em dinheiro. Os juristas defensores da imissão provisória, e da forma que ela é normatizada, argumentam que o instituto provoca apenas o desapossamento do expropriando, e não a perda de sua posse. Para eles, este desapossamento não exige o pagamento justo e prévio da indenização. Ou seja, a imissão provisória não se submete ao artigo 5º, XXIV da Constituição. Outros argumentam que o depósito prévio, no caso de imissão provisória na posse não seria indenização, mas um ressarcimento dado ao expropriando pela perda da posse, e não da perda da propriedade. Porém, ressalta-se que a Constituição de 1937 (§ 14 do art. 122) e a de 1988 (art. 5º, XXIV) procuraram evitar que houvesse perda da propriedade e, por conseguinte, da posse, antes do pagamento da indenização ao expropriado. Não foi usada palavra “desapossamento” porque ele já seria consequência da perda da propriedade. Deste modo a mera falta dessa palavra referente a posse não permite que o desapossamento ocorra sem indenizar o desapropriando. Uma parte da doutrina considera que o depósito prévio na imissão já é uma antecipação do preço, no entanto, tal valor na maioria das vezes é irrisório, confrontando a justa indenização garantida constitucionalmente. O artigo 15 da Lei de Desapropriações, portanto estaria descartando um mandamento constitucional e burlando a Constituição. (SALLES, p. 361-363, 2006)

Defendendo o entendimento oposto a este, o ilustre advogado, Paulo de Araújo Lima (p. 402, 1965):

Pois bem! Quando a Constituição diz que, em garantia da propriedade, a desapropriação só se fará mediante o prévio pagamento da justa indenização, não está em rigor emprestando à propriedade uma proteção global, isto é, abrangendo todos os seus elementos constitutivos – uso, gozo e disposição – antes de saldado o seu preço. Em que pese à redação do seu texto, o que ela afiança precisamente é que frente ao expropriação só se garante na propriedade – e essa é inviolável – aquela componente que consiste na faculdade de poder substituí-la por outra equivalente que seja do agrado e conveniência do titular. A bem dizer, repor o seu valor em dinheiro. Só essa faceta da propriedade é garantida e inviolável antes de consumar-se o ato expropriatório. E todo o conjunto de atos do poder público tem por objetivo alcançar o justo preço e saldá-lo. Nisto e justamente nisto é que reside o significado da adjetivação “prévia” de que se utiliza a Constituição. Aquelas outras componentes da propriedade, como usar, gozar e outras formas subalternas de dispor, posto que respeitadas em determinados casos, não são invioláveis perante a contingência da desapropriação. E, havendo necessidade se lhe retiram do titular antes de consumado o ato. Eis porque muito embora a indenização deva ser prévia e justa por imposição do mandamento constitucional, nem por isso conflita com o princípio magno o ser possível ao expropriante tomar o uso e o gozo da coisa antes de pagar-lhe o justo preço.

Mesmo com a tese de Paulo de Araújo Lima, o argumento de que a Carta Magna não protegeu a globalidade da propriedade é improcedente. Isso porque não é possível desmembrar o direito de propriedade de seus elementos constitutivos. Não se fala em proibir a existência da imissão provisória na posse na desapropriação, em vista da urgência de algumas desapropriações. Mas, é imperioso conformá-lo á Constituição. Portanto, a forma com que a

imissão é prevista atinge em cheio o artigo 5º, XXIV, do texto constitucional. Na realidade, porém, a jurisprudência tem aceitado e considerado tal instituto como constitucional na forma como se vê regulado. A injustiça da imissão provisória embasada no artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41 somente será neutralizada quando seus dispositivos legais forem revogados e for previsto sempre uma avaliação por perícia prévia que arbitre um valor compatível com a perda da posse. Contudo o Supremo Tribunal Federal optou pela constitucionalidade da matéria em debate, com a Súmula 652⁵⁶, dando sua última palavra. Sendo assim, para eliminar tal injustiça é necessário, além de revogar as normas, editar novas regras que aceitem uma avaliação anterior. (SALLES, p. 364-372, 2006)

Feitas estas observações, cumpre-nos dizer, entretanto, que consideramos injusta a imissão provisória nos termos preconizados pelas alíneas do § 1º do art. 15 do Dec-lei 3.365/1941 e pelos arts. 3º, 4º e 5º. do Dec-lei 1.075/1970, porque possibilitam a retirada da *posse* do expropriando mediante pagamento de quantia incompatível com o valor que aquela *posse* representa para o proprietário do bem e inviabiliza a aquisição de imóvel ou bem equivalente, por ele.

Se considerarmos que a imissão provisória corresponde, na maioria esmagadora das vezes, ao afastamento definitivo do proprietário da *posse* de seu bem, impossibilitando-lhe o uso e o gozo da coisa, teremos de chegar à conclusão de que tal imissão, embora não signifique a perda da propriedade, gera situação muito semelhante à da perda, porque esta só não ocorrerá se houver desistência da desapropriação por parte do expropriante, o que só se verifica em muitas poucas oportunidades. (SALLES, p. 371, 2006)

Questiona-se que a imissão provisória estaria em harmonia com o princípio da justa e prévia indenização, pelo fato de não pagá-la integralmente, e por faltar preenchimento do contraditório e da ampla defesa. Contudo, a imissão na posse é uma necessidade real. Ela é constitucional contanto que efetive o pagamento antes de retirar a posse. Afinal, a posse também é protegida pela garantia da justa e prévia indenização. É inaceitável argumentar que esta garantia se presta a proteger somente a propriedade, excluindo a posse. A perda do uso, fruição e disponibilidade do imóvel causada pela perda sem retorno da posse é tão nociva quanto a perda da propriedade. A questão é a necessidade de adequar o interesse público ao interesse particular, no caso em que o imóvel é urgentemente requisitado para fins de desapropriação. (NAKAMURA, p. 157-160, 2013)

Todavia, à luz de nosso ordenamento, do comando constitucional incidente quanto à desapropriação, não nos parece que se possa fazer tal distinção, entre os direitos de posse e de propriedade para afastar a integral recomposição patrimonial em hipótese de ablação de um ou de outro direito. (BEZNOS, p. 46, 2006)

Ao se considerar a posse como mera expressão do direito de propriedade não se pode ter dúvida de que sua retirada significa a verdadeira exaustão desse direito e que, portanto, enseja o pagamento da prévia e justa indenização, ainda que apurada de forma provisória, em razão da urgência que lhe é determinante. (BEZNOS, p. 48, 2006)

⁵⁶Súmula nº 652 do STF. Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do Dec.-lei 3.365/1941 (Lei da Desapropriação por utilidade pública).

O postulado da proporcionalidade serve de critério para que a imissão provisória seja concedida. O magistrado deve analisar as três sub-regras da proporcionalidade, verificando que a concessão da imissão é adequada e necessária além de ser proporcional em sentido estrito. A proporcionalidade serve como um método para limitar o poder estatal em prol da proteção física e moral do sujeito submetido à vontade estatal. Trata-se de um juízo relativo que produz regras de prevalência condicionadas para serem usadas no caso concreto. Não cria, portanto regras jurídicas absolutas. Deve haver adequação entre meios e fins, e, o ato estatal só limitará um direito se isto for estritamente necessário. A proporcionalidade em sentido estrito só pesa a intensidade da restrição e a relevância da concretização do direito fundamental cujos motivos devem bastar para justificar sua restrição. (NAKAMURA, p. 55-58, 2013)

Não é possível afirmar, peremptoriamente, que o art. 15 do Decreto-lei 3.365/41 não foi recepcionado pela Constituição. Trata-se de norma que data dos anos 40, sempre considerada constitucional pelo STF, sob a égide das constituições anteriores e sob a atual, o que gera uma presunção de constitucionalidade que recomenda a sua aplicação, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Assim, a lei das desapropriações, em seu dispositivo que regula a imissão provisória (art. 15 e parágrafos) não é de inconstitucional, melhor dizendo, em vários casos, não apresentará qualquer inconstitucionalidade. Entretanto, em outros, ela deve ser afastada pelo procedimento de ponderação. Este pode ser usada para se afastar a incidência de uma regra, no caso, a lei. (NAKAMURA, p. 174-175, 2013)

A ponderação pode evitar que uma lei seja aplicada, mesmo que ela seja constitucional e útil ao problema. Ela pode ser descartada perante certo caso concreto. Isto porque, toda regra é fundamentada por um princípio que, pode colidir com outros. Assim, se certas leis forem reprovadas pela ponderação, elas são afastadas para o bem dos princípios constitucionais envolvidos. Somente se não houver concorrência com outros fatores relevantes (ignorados pelo legislador) é que a lei pode determinar a prevalência de um princípio sobre outro, pois, a ponderação já teria sido feita pelo legislador. Neste caso o magistrado não precisará deliberar se limitando a aplicar a lei. Porém, o legislador não pode anular um princípio em abstrato para beneficiar outro, eliminando um conflito entre princípios por meio de uma norma geral que estabelece quem sempre será o vencedor. Isto se deve ao fato de que apenas o poder constituinte pode elaborar uma hierarquia entre preceitos constitucionais. Em outras palavras, é possível, com a ponderação entre princípios, afastar um deles, e por consequência não aplicar a regra jurídica ou a lei que é fundamentada por este e, ao mesmo tempo o regula. (NAKAMURA, p. 172-176, 2013)

Sobre o assunto, Ricardo Marcondes Martins:

O legislador, ao editar uma lei, concretiza um princípio constitucional, ou seja, estabelece um peso em abstrato ao referido princípio. Trata-se de ponderação realizada em abstrato, efetuada diante de circunstâncias concretas, mas consistente numa antecipação do caso em que a lei será aplicada. Como o legislador jamais pode

antecipar todas as peculiaridades do efetivo caso concreto, sua ponderação nunca poderá ser tomada como absoluta. Diante disso, ao aplicador da lei, a Administração sempre terá que efetuar uma nova ponderação e apurar qual princípio, diante das circunstâncias, apresenta maior peso: o concretizado pela lei ou o que se opõe a ela. (NAKAMURA, p. 176, 2013)

Para Andre Luiz dos Santos Nakamura (p. 197, 2013) a concessão da imissão provisória na posse não é decidida só com a decretação de sua inconstitucionalidade ou do não recepção pela Constituição do artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41. Isto não basta, pois sua aplicação pode ser constitucional em alguns momentos. Para Nakamura, deve ser feita uma ponderação concreta para possibilitar a efetivação e os critérios de concessão da imissão provisória. O autor não considera que tal dispositivo legal seja inconstitucional, mas admite que ele seja descartado em favor de outros valores protegidos constitucionalmente. Esse descarte seria possível, visto que qualquer regra pode ser afastada ao passar pelo procedimento da ponderação. O princípio democrático formalmente ordena obediência às leis. Entretanto, este pode ser também descartado ao ser objeto da ponderação, relativizando essa obediência à lei. Ou seja, a ponderação de princípios elaborada abstratamente pelo legislador, não é absoluta nem incontestável, podendo ser necessária uma ponderação atual conforme o caso concreto.

Os juízes da Comissão de Juízes da Fazenda Pública de São Paulo (p. 114-115, 1990) teceram várias críticas à forma com que a imissão provisória na posse é feita na desapropriação. Depois de muitas reuniões concluíram que nas novas desapropriações o depósito inicial deve ser feito integralmente, conforme prévia avaliação. Atenta-se para o ciclo vicioso de desapropriações sem recursos necessários ou previsão orçamentária, prejudicando os particulares que normalmente só serão indenizados em outra gestão. Para eles a Constituição de 1988 trouxe uma oportunidade histórica de mudar este quadro que não pode ser desperdiçada. Ante a divergência existente entre o valor da oferta e o valor da indenização final, que segundo a Constituição deve ser prévia e justa, e, a grande demora em pagar as indenizações de expropriações pendentes, todas as Varas da Fazenda Pública de São Paulo adotaram um posicionamento exigindo que, antes da imissão provisória na posse, o depósito prévio tenha o valor mais próximo possível do valor de mercado do bem. A Magna Carta de 1988 teria introduzido mudanças sensíveis em matéria de expropriações, exigindo rigorosamente a indenização prévia e justa. Todos os dispositivos legais que lavarem a entendimento diverso deste não teriam sido recepcionados, pois, somente as normas não contrárias ao ditame da prévia e justa indenização seriam aceitas pela nova perspectiva constitucional. Mesmo que Constituições anteriores a de 1988 tenham contido normas parecidas com o artigo 5º, XXIV, o contexto das palavras sofreu profunda alteração. A

Comissão de Estudos de Juízes das Varas da Fazenda Pública de São Paulo (p. 114, 1990) escreve ainda que:

A imediatidade do contato dos Juízes de primeiro grau com as partes e advogados tem possibilitado, ao longo do tempo, perceber que a imissão prévia de posse mediante depósito do valor venal do imóvel desatende ao interesse do expropriado e desatende ao interesse público, mesmo tido este como sendo o do Estado e também do Poder Judiciário.

Quanto ao interesse do expropriado, nós Juízes temos sido instrumento de gritantes injustiças, paradoxalmente, ordenando desocupações de residências humildes com o só depósito de metade da avaliação, provisória e/ ou de outros tipos de imóveis sem o depósito de valor minimamente capaz de minorar a perda de domínio útil. Temos nos curvado á lei, sempre à espera que a sensibilidade ou o descuido do legislador nos propicie a oportunidade de pôr termo às iniquidades.

A Comissão dos Juízes das Varas da Fazenda Pública de São Paulo (p. 123-124, 1990) concluiu que, por mais que a indenização dada antes do registro da propriedade seja considerada prévia, não quer dizer que ela tenha de ser feita no último momento antes desse registro, muito menos que o valor possa ser injusto devido ao parcelamento e a inflação ao longo do tempo. O artigo 15 e seus parágrafos do Decreto-lei n/ 3.365/41 deve ser interpretado em harmonia com o ordenamento jurídico e principalmente com a Constituição. Assim a indenização deveria anteceder a perda da posse para sanar definitivamente o patrimônio do desapropriado, para dar rapidez ao processo de desapropriação, para evitar ganhos não devidos para o desapropriante e para respeitar a alma da Constituição.

Desapropriações envolvendo retirada de moradias de populações pobres devem ser cuidadosamente conduzidas. Expropriações visando a construção de obras públicas ganham dificuldade se houver moradia de famílias de baixa renda ou de favelas na área. Uma imissão provisória neste caso desabrigaria essas pessoas, podendo gerar problemas sociais complexos, pois elas não teriam para onde ir. Este panorama é comum em obras para canalizar rios, construir barragens, etc. Não pagar a imissão provisória na posse neste caso deixaria estas populações desabrigadas gerando complicações sociais graves. O Decreto-lei n° 3.365 de 1941 permitiu a imissão provisória antes da ocorrência da citação inicial, contanto que o Poder Público alegasse a urgência e depositasse previamente segundo o artigo 15 do citado decreto. Com o Decreto-lei 1075 de 1970, a imissão de prédio urbano residencial passou a exigir o depósito do valor ofertado e, se o desapropriado discordar deste, metade do valor firmado pelo magistrado deveria ser depositado. Com a Constituição de 1988, a jurisprudência apresentou uma corrente firme na convicção de que aquelas normas não foram recebidas pelo novo texto constitucional. Os depósitos insignificantes feitos pelo desapropriante desobedeciam a regra da indenização prévia e justa prevista em proteção dos particulares. Essa corrente jurisprudencial afirmava que a perda da posse suprimia praticamente todos os poderes do domínio e, por este motivo, só poderia ocorrer depois que o

valor da avaliação prévia fosse depositado. Tal pensamento predominou no Superior Tribunal de Justiça até que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a garantia da indenização justa só caberia para a transferência definitiva do domínio. (AZEVEDO, p. 39-43, 1999)

Verifica-se, pois, que a posse também é indenizável, quer seja do próprio imóvel objeto do ato expropriatório, quer seja das benfeitorias levantadas sobre ele. Não importa seja o terreno propriedade de terceiros ou do domínio público (aí se incluindo os terrenos marginais). Desde que legítima e de boa fé, a posse deve ser indenizada, por ter valor econômico. (AZEVEDO, p. 42, 1999)

4.4.5 Oscilação jurisprudencial ao longo do tempo

Contanto que o expropriante declarasse a urgência da medida e depositasse em juízo previamente, a imissão provisória na posse era aceita antes mesmo do expropriado ser citado. Todavia, com a Carta Magna de 1988, o STJ reviu seu entendimento passando a considerar que o § 1º do artigo 15 do Dec.-lei 3.365/41 não foi recepcionado, diante dos ínfimos depósitos feitos pelo ente desapropriante, ofensivos à prévia e justa indenização em dinheiro garantida constitucionalmente a todo indivíduo pelo art. 5º, XXIV. Esta corrente de pensamento, após profunda investigação, conclui que a perda da posse ocasiona a supressão de praticamente todos os poderes de domínio e, portanto, a imissão *initio litis* só pode ser permitida após o expropriante depositar o valor avaliado previamente. Os parágrafos e incisos do artigo 15 do Dec.-lei 3.365/41, e, também, os artigos 3º e 4º do Dec.-lei 1.075/70, que abordam a imissão provisória da posse em imóveis residenciais urbanos estariam suprimidos e cassados. Esta leitura foi pacificada no STJ, porém, o STF adulterou essa interpretação, argumentando que a Constituição de 1988 não inovou em nada a da indenização justa comparada às Constituições anteriores. Naquele supremo tribunal prevaleceu a doutrina tradicional de que apenas no fim da ação expropriatória haveria a perda da propriedade, e não a imissão provisória da posse do imóvel. Por este motivo justa e prévia indenização já estaria garantida. (MEIRELLES, p. 689-690, 2013)

A despeito desse entendimento, não foi essa a orientação adotada pelo STF, que, em alguns julgados, sustentou que o dispositivo em tela fora recepcionado pela carta vigente. Finalmente, o mesmo Tribunal consolidou sua posição, definindo, em Súmula, que “Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941 (Lei de Desapropriação por Utilidade Pública)”.

Concessa maxima venia, não parece justa tal posição. Já são tantas as prerrogativas do poder público e tantos os ônus do expropriado na desapropriação que não se justifica que o valor do depósito prévio, permissivo, da imissão provisória na posse (que, na prática, significa a perda da propriedade), fique tão distante do preço real do bem, ainda mais quando se sabe que todos os critérios hoje fixados no art. 15 da lei expropriatória conduzem a valores irrisórios. Parece-nos, pois, mais consentânea com o perfil da desapropriação a posição adotada pelo Egrégio STJ. (FILHO CARVALHO, 2014, p. 860-861)

O tema imissão provisória na posse é um dos mais oscilantes na jurisprudência nacional. Os debates levam em conta o requisito constitucional da previdência da indenização desapropriatória. Até mesmo antes da Lei Geral de Desapropriações este princípio era

sagrado. Durante muito tempo o artigo 15 desta lei foi aceito sem contestação. Todavia, a partir da década de 80, o judiciário começou a reagir a este dispositivo legal em vista da falta de cumprimento dos precatórios advindos da ação de desapropriação (a lei não era mais eficaz para exigir o correto pagamento). Surgiu uma tese inovadora que pregava que o princípio do pagamento prévio da justa indenização possuía autoexecutoriedade. Após a Constituição de 1988, a situação dos precatórios se agravou provocando insatisfações dos expropriados. Muitas decisões de primeira instância passaram a recepcionar constitucionalmente apenas o caput do artigo 15. Os §1º, 3º e 4º não teriam sido recepcionados pela Carta Magna, que assegura no seu artigo 5º, XXIV, o pagamento da indenização prévia justa e em dinheiro. O STJ entendia que a imissão provisória só seria efetivada após o depósito integral do valor avaliado sem a participação do expropriante. Essa posição do STJ, para Kiyoshi Harada, privilegiou a indenização prévia em prejuízo da indenização justa cujo valor só pode ser obtido com o devido processo legal. (HARADA, p. 121-124, 2014)

Mesmo que a Súmula 652 do STF proclame a constitucionalidade do § 1º do artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, que trata da imissão de posse provisória de imóvel não residencial pelo depósito do valor cadastral, os preceitos da lei de regência tem difícil aplicação, visto a jurisprudência das instâncias ordinárias terem aderido ao entendimento do STJ. Devido ao caráter de urgência da imissão prévia, o encaminhamento de uma discussão do tema até a Corte Suprema provocaria paralização em obras previstas em locais que estão sendo desapropriados, compelindo o Poder Público a aceitar a decisão dada por tribunal local. Apenas com a proclamação da constitucionalidade do §1º do artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41 e do Decreto-lei nº 1.075/70, que normatizam a imissão provisória de imóveis não residenciais e residenciais habitados pelo dono, no bojo de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade teria o poder de vincular os órgãos judiciário e executivo, segundo o artigo 102 § 2º da Constituição de 1988. (HARADA, 2014, p. 125).

Contudo, reexaminando a matéria à luz da realidade fática há que se ponderar que o §1º do art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365/1941 pressupõe excepcionalmente da medida que a prática a transformou em regra geral, ou seja, quase todas as desapropriações vem sendo feitas com a alegação de urgência.

E o caráter de urgência, sempre invocado pelo poder público expropriante, por sua vez, em parte, decorre da morosidade da Justiça a prejudicar a execução de obras contínuas programadas. (HARADA, 2014, p.125-126).

A súmula em epígrafe pressupõe um ambiente de normalidade da justiça em que o processo tem duração razoável e o precatório é cumprido no prazo constitucional. O problema é que na prática entre a data da imissão provisória e a data do trânsito em julgado de decisão que fixa o justo preço podem ter decorrido anos. Depois disso o expropriante ainda precisa seguir as providências burocráticas para ter acesso ao precatório judicial na ordem cronológica. A

expressão “imissão provisória” esgotou completamente seu significado etimológico dado pelo Decreto-lei nº 3.365/41 e pelo Decreto-lei nº 1.075/70. Os dois perderam a eficácia no plano concreto, tornando-se elementos imaginários. Impende salientar que com a lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000) por meio do seu artigo 46, tornou nula qualquer desapropriação de imóvel urbano sem prévia e justa indenização em dinheiro ou sem prévio depósito do valor indenizável. Para preencher a omissão do legislador, os juízes das varas da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo tem exigido que o valor do depósito prévio estivesse mais próximo do valor de mercado como condição para deferir a imissão provisória na posse. (HARADA, 2014, p.127).

Não cremos que a Súmula 652 do STF constitua óbice a essa criação pretoriana que amparada no princípio constitucional do pagamento prévio da justa indenização, vem cumprindo a indispensável missão de administrar a Justiça. As súmulas do STF editadas anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 só produzirão efeitos vinculantes após a sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicadas na imprensa oficial.

Por fim, concordamos com Luís Paulo Aliende Ribeiro quando sustenta que “a interpretação conforme a Constituição da desapropriação passa pelo reconhecimento de que a indenização deve ser prévia ao sacrifício de quaisquer direitos do proprietário, sem estar limitada à questão da transferência do domínio, única forma de garantir, conjuntamente, os direitos dos cidadãos e da própria administração”.

De fato, se a desapropriação é irreversível a perda da posse a título provisório ou a título definitivo é irrelevante, visto que o proprietário do imóvel perderá numa e noutra hipótese a disponibilidade econômica da propriedade. Não se pode entender a propriedade, à luz do art. 1.228 do Código Civil, desfalcada em um de seus elementos essenciais que é a faculdade de gozar da coisa, exteriorizando-se na percepção de seus frutos e na sua utilização.

Entretanto, a Corte Suprema mantém o seu antigo posicionamento, separando a perda provisória que ocorre com a imissão prévia na posse pelo poder expropriante, com a perda definitiva da posse que só pode operar-se mediante pagamento prévio da justa indenização fixada. (HARADA, 2014, p.127-128).

O legislador legitima sua coerência quando define que o preceito constitucional do prévio pagamento da justa indenização é aplicado a expropriação de qualquer bem ou direito, não podendo desvincular posse de propriedade, pois o momento da transferência da posse ou da propriedade deve ser encarado conjuntamente. Assim o princípio constitucional do pagamento prévio da justa indenização deve ser obedecido nos dois casos. (HARADA, 2014, p.130).

É imperioso reconhecer que a desapropriação, a transferência da propriedade e da posse, ocasionada pela imissão na posse é irreversível. Com o início das obras seria impossível desistir da ação expropriatória, a menos que esta ação tivesse sido ajuizada sem o elemento da urgência. Para isso, a desistência teria de ser pedida antes do pagamento do preço justo firmado por sentença transitada em julgado. Apesar do exposto, STF permanece declarando a constitucionalidade do artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/1941, conforme fica claro no texto de sua Súmula nº 652.

5. CONCLUSÃO

A propriedade possui um conceito maleável e mutável. Ela continua a se desenvolver, mesmo após ser disciplinada por lei. Seu conteúdo se amolda às necessidades latentes da organização jurídica, social e política na qual se insere.

O legislador, ao enumerar os poderes que acompanham o direito de propriedade, deixou de atentar para a importância de seu conceito na realidade prática. Perdura, em pleno século XXI, a falta de ênfase para a adequada aplicação aos dispositivos legais e as repercussões decorrentes do desconhecimento dos problemas e relações jurídicas advindas da elaboração da lei.

É possível, sim, compatibilizar a indenização prévia com a consumação da desapropriação. Não é apenas o pagamento ou a consignação indenizatória que detém capacidade de transferir a propriedade. A expedição do mandado de imissão na posse também pode fazê-lo, e, com isso, consuma a desapropriação, transferindo o domínio para o patrimônio público.

A aceção da palavra “provisória” dá a entender que somente a posse e não a propriedade seria afetada pela imissão. Na prática, essa provisoriedade alegada não existe. O bem interessado ao Poder Público não pode retornar ao patrimônio do particular.

Inobstante a aceitação da tese de que a posse da imissão é precária, tal teoria não se vislumbra na prática. O fim da ação expropriatória apenas oficializa uma transferência que já se deu. É inadiável a criação de diferentes maneiras para proceder à transferência da propriedade de forma a buscar a indenização prévia, justa e honesta, imposta pela Constituição de 1988.

A primeira delas seria oportunizar o pagamento *in natura*, por meio de troca por outro bem, desde que o proprietário consinta. Outra maneira seria empregar um procedimento sumário especial para todas as espécies expropriatórias, incluindo a desapropriação com fins de reforma agrária.

O proprietário perde a propriedade quando sofre imissão na posse. Descabem argumentos de que o domínio só é transferido com o registro imobiliário, pois o proprietário se mostra impedido de fruí-lo por ser ofensivo ao conceito de propriedade resguardado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado traz em seu bojo justificativa sobre a imissão provisória na posse. Conclui-se, portanto que a análise do interesse público deve ser feita na fase inicial do processo de desapropriação, pois se o expropriante não possuir condições para pagar as despesas correntes, é inadmissível iniciar a desapropriação sem que haja uma avaliação coerente com a realidade.

O conceito de inconstitucionalidade da imissão provisória, embasada no artigo 15 do Decreto-lei n° 3.365/41, somente será modificado quando seus dispositivos legais forem revogados e houver avaliação pericial que confira valor compatível ao bem, objeto da perda da posse.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre aquele dispositivo legal, através da Súmula 652, que pressupõe um ambiente de normalidade da justiça em que o processo tem duração razoável e o precatório é cumprido no prazo constitucional. Tal súmula, não é barreira para uma releitura da imissão provisória na posse, visto que, foi editada antes da Emenda Constitucional n° 45 de 2004, e seu efeito vinculante somente poderia se irradiar com a aprovação de dois terços de seus integrantes e com publicação na imprensa oficial.

A expressão “imissão provisória” esgotou completamente seu significado etimológico dado pelo Decreto-lei n° 3.365/41 e pelo Decreto-lei n° 1.075/70 onde perdeu a eficácia no plano concreto, tornando-se elemento imaginário.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Autonomia privada e sua relativização em razão da função social da propriedade. In: REQUIÃO, Maurício. (Org.). **Discutindo Autonomia**. Salvador: JusPODIVM, 2014, p.165-181.
- ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 13. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.1-22.
- ALVIM, Arruda. Desapropriação e o valor no direito e na justiça. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 102, out./dez. 1970, p.42-70.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.171-216.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade. Desapropriação e população de baixa renda. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 216, abril/jun. 1999, p. 39-49.
- BARATA, Carlos Eduardo. **Principais aspectos do instituto da desapropriação e sua utilização nos dias atuais**. 2010. Artigo científico (Pós-graduação em Direito do Estado) - Escola de Magistrados da Bahia.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Código Civil (2002)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. **Lei Complementar nº 76** de 6 de julho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp76.htm. Acesso em: 2 jun. 2015.
- BRASIL. **Lei Complementar nº 101** de 4 de maio de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 2 jun. 2015.
- BRASIL. **Lei nº 6.899/81** de 8 de abril de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6899.htm. Acesso em: 2 jun. 2015.
- BRASIL. **Súmula nº 67 do STJ**. Disponível em: <http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=67>. Acesso em: 2 jun. 2015.
- BRASIL. **Súmula nº 561 do STF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600. Acesso em: 2 jun. 2015.
- BRASIL. **Súmula nº 12 do STJ**. Disponível em: http://www.realjus.com.br/dji/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/sumulas_stj.htm. Acesso em: 2 jun. 2015.
- BRASIL. **Súmula nº 618 do STF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700. Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. **Súmula n° 69 do STJ.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,STJ-sumula-69,2423.HTML>. Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. **Súmula n° 113 do STJ.** Disponível em: <http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=113>. Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. **Súmula n° 164 do STF.** Disponível em: <http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=113>. Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. **Súmula n° 416 do STF.** Disponível em: <http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stf&num=416>. Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. **Súmula n° 131 do STJ.** Disponível em: <http://honorarios.oabpr.org.br/jurisprudencia/sumulas-do-stj>. Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. **Súmula 652 do STF.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700. Acesso em: 2 jun. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.117-170.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 7, jul./set. 2001, p.69-84.

BEZOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil.** 9. ed. rev. atual. e amp. Salvador: JusPODIVM, 2013, v. 5.

Código de Processo Civil

CAROTA, José Carlos. A função social da propriedade urbana. **Revista Forense.** Rio de Janeiro: Forense, ano 109, v. 418, jul./dez. 2013, p. 419-433.

Comissão de Juízes das Varas da Fazenda Pública de São Paulo. Exigência de depósito do valor de mercado do bem, antes da imissão na posse nas desapropriações e a nova Constituição Federal. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 59, jun./set. 1990, p. 114-124.

CUNHA, José carneiro da. **Aspectos processuais da desapropriação ordinária.** In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício. (Orgs.). *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública.* Salvador: JusPODIVM, 2010, p.373-401.

Decreto-lei n° 3.365/41

DI PIETRO, Maria Zanella. *Direito Administrativo.* 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Zanella. *Direito Administrativo.* 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ÉLERES, Paraguassú. Função social da propriedade. **Revista A leitura - Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará.** Belém: ESM-PA, v.3, n.5, nor. 2010, p. 65-79.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 27. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

- FILHO, José dos Santos Carvalho. **A desapropriação e o princípio da proporcionalidade**. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício. (Orgs.). *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública*. Salvador: JusPODIVM, 2010, p.351-372.
- FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FARIAS, Valter Nazareno. A função social da propriedade como cláusula geral. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, v.32, out./dez. 2007, p.287-315.
- GARCIA, José Ailton. **Desapropriação, Comentários ao Decreto-lei nº 3.365/41 e à Lei nº 4.132**. São Paulo: Atlas, 2015.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 200, p. 397-433.
- GOMES, Wilton Luis da Silva. **Inovações no regime jurídico das desapropriações**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- JÚNIOR, Augusto Geraldo Teizen. **Função social no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. ver. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2011.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. ver. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.
- LIMA, Paulo de Araújo. Imissão provisória na posse dos bens expropriados. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 82, out./dez. 1965, p.42-70.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil**. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado, parte especial, tomo XI**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. **A justa e prévia indenização na desapropriação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

OLIVEIRA, Claudio Brandão de. A Constituição, o Estado e o Direito de Propriedade. In: OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de (Coord.). **Temas de direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.87-118.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 220, abril/jun., 2000, p. 69-107.

PASSOS, J.J. Calmon de. A transferência da propriedade para o domínio do expropriante no curso da ação de desapropriação. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 31, jan./fev.1882, p. 63-76.

PEGUINI, César Calo. A função social da propriedade no Código Civil e na Constituição Federal. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, ano 105, v.404, jul./ago. 2009, p.43-57.

PEREIRA, José Darlan Costa. Função social da propriedade no direito constitucional brasileiro. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Recife: CEPE, N.6, 2013, P.237-256.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v.4.

PESTANA, Mário. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a desapropriação no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 204, abril/jun. 1996, p. 33-52.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.23-116.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.217-242.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. Súmula n° 70 do STJ

SUNDFELD, Carlos Ari. Revisão da desapropriação no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 192, abril/jun. 1993, p. 39-49.