

**DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE  
PÚBLICA**

São Paulo  
2005

VALENTINA JUNGSMANN CINTRA

**DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE  
PÚBLICA**

ÁREA DE DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS  
SUBÁREA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Prof. orientador: Dr. Nelson Nery Júnior  
Doutoranda: Valentina Jungmann Cintra

VALENTINA JUNGSMANN CINTRA

DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo, como exigência  
parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito  
das Relações Sociais (Direito Processual Civil).

Orientador: Professor Doutor Nelson Nery Júnior

São Paulo  
2005

Valentina Jungmann Cintra

Da ação de desapropriação por utilidade pública.

BANCA EXAMINADORA:

---

---

---

---

---

"Não dás da tua fortuna ao seres generoso para com o pobre, tu dás daquilo que lhe pertence. Porque aquilo que atribues a ti, foi dado em comum para o uso de todos. A terra foi dada a todos e não apenas aos ricos".

*Santo Ambrósio, Bispo de Milão e Doutor da Igreja.*

Dedico, com amor, este trabalho à minha avó, Henedina de Azevedo Jungmann, mulher forte e sábia do cerrado goiano, lembrança que me dá saudade.

A realização deste trabalho só se fez possível porque contei com a ajuda de Deus, em quem sempre creio e confio; do meu professor-orientador, Nelson Nery Júnior, que sempre acreditou em mim.

Contei, ainda, com a ajuda e apoio de várias pessoas, entre elas minha família, em especial minha mãe Marlízia, minhas tias Ângela e Marília e meu filho Ayrton Alla Neto; com o entusiasmo de meus alunos, razão maior de meus estudos e pesquisas; com o incentivo dos colegas da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás-PGE/GO, principalmente do coordenador da PPMA, Dr. Marcelo Abdala Dias Carvalho, da Dra. Cláudia Marçal e dos Drs. Alerte Martins de Jesus, Marcello Terto e Silva e Cláudio Grande Júnior; com a torcida dos colegas professores da UCG, principalmente da diretora do Departamento de Ciências Jurídicas, Dra. Helenisa Maria Gomes de Oliveira Neto, e dos colegas professores Drs. Ari Ferreira de Queiroz e Weiler Jorge Cintra; da UFG, principalmente do diretor da Faculdade de Direito, Dr. Eriberto Francisco Bevilagua Marin, e colegas professores Cleuler Barbosa das Neves e Juliano Taveira Bernardes; e do Axioma, especialmente dos colegas professores Drs. Jesus Crisóstomo de Almeida e Hugo Otávio Vilela, e dos advogados e demais integrantes do escritório Jungmann Advogados Associados, mormente de Fernanda Rosa de Almeida. Registro, ainda, a contribuição do Samuel Soares da Silva, diretor da Livraria *Intellectus*, do Des. Vítor Barbosa Lenza e dos alunos Frederico César, Roberta, Camila, Hector e Bruno, do 5º ano/2006/UFG, e de todos os alunos do 4º ano/2006/UFG. Obrigada a todos.

**ABREVIATURAS**

**INTRODUÇÃO**

<b>Capítulo 1 - Noções Introdutórias.....</b>	<b>23</b>
1.1 - Dos Bens.....	23
1.1.1. - Classificação.....	29
1.1.1.1 - Móveis e Imóveis.....	30
1.1.1.2 - Fungíveis e Consumíveis.....	64
1.1.1.3 - Divisíveis e Indivisíveis.....	68
1.1.1.4 - Singulares e Coletivos.....	70
1.1.1.5 - Principais e Acessórios.....	73
1.1.1.6 - Públicos e Particulares.....	81
1.2 - Dos Direitos Reais.....	90
1.2.1 - Da Propriedade.....	107
1.2.1.1 - Origem e Evolução histórica.....	107
1.2.1.2 - Objeto .....	128
1.2.1.3 - Conceito e Elementos.....	136
1.2.1.4 - Função social.....	147



1.2.1.5 - Características.....	166
1.2.1.6 - Titularidade .....	170
1.2.1.7 - Modos de aquisição, limitações e extinção.....	175
1.2.2 - Direitos reais sobre coisa alheia.....	188
1.2.2.1 - Da superfície.....	188
1.2.2.2 - Da servidão.....	190
1.2.2.3 - Do usufruto, do uso e da habitação.....	193
1.2.2.4 - Do direito do promitente comprador.....	198
1.2.2.5 - Do penhor, da hipoteca e da anticrese.....	204
<b>Capítulo 2 - Da Desapropriação .....</b>	<b>212</b>
2.1 - Conceito de desapropriação.....	212
2.2 - Histórico .....	221
2.3 - Natureza jurídica .....	236
2.4 - Fundamentos .....	249
2.5 - Elementos .....	254
2.5.1 - Da necessidade e utilidade pública.....	258
2.5.2 - Do interesse social.....	265
2.5.3 - Da indenização .....	271
2.5.3.1 - Da indenização justa.....	276
a) Valor da indenização e princípio da unicidade.....	280

b) Critérios para fixação da indenização.....	312
c) Principal e acessórios.....	345
d) Correção Monetária.....	412
2.5.3.2 - Da indenização prévia e em dinheiro.....	420
<b>Capítulo 3 - Da Desapropriação por utilidade pública.....</b>	<b>463</b>
3.1 - Noções gerais.....	463
3.2 - Objeto.....	516
3.2.1 - Ações societárias.....	523
3.2.2 - Obra ou invento de natureza científica, artística ou literária.....	525
3.2.3 - Posse legítima e usucapião.....	527
3.2.4 - Bem inalienável.....	529
3.2.5 - Bem penhorado.....	532
3.2.6 - Bem tombado.....	533
3.2.7 - Bem público e bem com destinação pública .....	537
3.2.8 - Objeto certo e desapropriação extensiva (ou por zona).....	577
3.3 - Da declaração de utilidade pública .....	582
3.4 – Do processo administrativo.....	668
<b>Capítulo 4 - Da ação de desapropriação por utilidade pública.....</b>	<b>683</b>

4.1 - Considerações iniciais.....	683
4.2 - Condições da ação.....	709
4.3 – Mérito e questão prejudicial.....	737
4.4 – Elementos da ação.....	747
4.5 - Classificação das ações.....	760
4.6 - Desistência da ação .....	798
CONCLUSÕES.....	805
BIBLIOGRAFIA.....	840

## **ABREVIATURAS**

AC – Apelação Cível  
ac. – Acórdão  
AgR – Agravo Retido  
AgRg – Agravo Regimental  
AGRg no AI – Agravo regimental no Agravo de Instrumento  
AI – Agravo de Instrumento  
Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul  
ampl. – ampliada  
Ap. – Apelação  
AR – Ação Rescisória  
art. – artigo  
atual. – atualizada  
Câm. Civ. – Câmara Cível  
CC – Código Civil  
CF – Constituição Federal  
Cf. – conforme  
Cit. – citado; citação  
Confl. Compt. - Conflito de Competência  
Coord. – coordenador  
des. – desembargador  
DJ – Diário de Justiça  
DJU – Diário Oficial da Justiça da União  
DL – Decreto-lei  
ECid –  
ed. – edição  
Edcl – Embargos de declaração  
EI – Embargos Infringente  
EmbDivResp – Embargos Divergentes de Recurso Especial  
ERE – Embargos de Recurso Extraordinário  
EREsp – Embargos Divergente no Recurso Especial  
Ibidem – no mesmo lugar  
Idem – mesmo  
inc. – inciso  
INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial

IUJ – Incidente de uniformização de Jurisprudência  
j. – Julgado em  
JTACivSP – Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo.  
L – Lei  
Ltda – Limitada  
m. v. – maioria dos votos  
m.v. – maioria dos votos  
Min. – Ministro  
MS – Mandado de Segurança  
MS – Mandado de Segurança  
n. – número  
op. cit. – obra citada  
p . ex. – por exemplo  
p. – página  
Proc. – processo  
proc. – processo  
pub. – publicado  
RDA – Revista de Direito Administrativo  
RDP – Revista de Direito Público  
RE – Recurso Extraordinário  
Reg. – Região  
rel. – Relator  
REPRO – Revista de Direito Processual  
Repro – Revista de Processo  
RE-segundo – Segundo Recurso Extraordinário  
REsp – Recurso Especial  
rev. – revista  
RJTJSP – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo  
RMS – Recurso ordinário em mandado de segurança  
RN – Reexame Necessário  
RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça  
RT – Revista dos Tribunais  
s/p. – sem pagina  
Seç. – Seção  
ss. – seguintes  
STF – Superior Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
t. – tomo  
T. – Turma Julgadora  
TACiv – Tribunal de Alçada Civil  
TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal  
TJGO – Tribunal de Justiça de Goiás

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais  
TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná  
TJRJ - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro  
TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo  
trad. – tradução  
TRF – Tribunal Região Federal  
v. – volume  
v. u. – votação unânime

## RESUMO

São analisados aspectos relativos à ação de desapropriação por utilidade pública, tais como sua natureza, condições e elementos. A partir da linha dogmática de pesquisa, utiliza-se metodologia dialética. Apóia-se em fontes imediatas jurídico-formais de pesquisa documental (legislação, doutrina e jurisprudência). Visando a uma melhor identificação do objeto da desapropriação, que poderá atingir bens móveis ou imóveis, direitos e interesses sem qualquer discriminação, busca-se distinguir coisas de bens, procedendo-se a uma verificação das diferentes classes de bens. Também, tendo em vista que a desapropriação modifica um direito real, qual seja o direito de propriedade, considerando suas próprias características, estabelece-se a diferença entre os direitos reais e os direitos pessoais ou obrigacionais; discorre-se sobre a origem e evolução histórica da propriedade, seu objeto, conteúdo e elementos, dando ênfase à sua função social. Estudam-se, ainda, as formas de aquisição, limitação e extinção desse direito. Quanto à desapropriação, faz-se seu histórico; apresenta-se-lhe o conceito doutrinário formulado tanto por administrativistas como por civilistas; analisam-se aspectos relacionados com sua natureza jurídica, fundamentos, elementos e objeto. O ato por meio do qual o Poder Público manifesta sua intenção de expropriar também é analisado. Finalmente, quanto à ação de desapropriação por necessidade pública, ao se estabelecerem suas condições, demonstra-se que o pedido é juridicamente admissível, nos termos da lei; busca-se identificar quem são os legitimados a figurar na relação

jurídico-processual e o interesse que justifica sua propositura. Por outro lado, como as ações podem ser identificadas por meio de certos elementos, tais como as partes (elemento subjetivo), o pedido e a causa de pedir (elementos objetivos), são eles apontados. Conclui-se, também, que, ante a evolução do direito de propriedade e do próprio direito processual, fazem-se necessárias alterações na legislação vigente, para que ela melhor possa disciplinar a matéria, ante esse novo contexto.



## ABSTRACT

This dissertation is intended to analyse issues regarding the action of expropriation for purposes of public use. Aspects such as the nature of this action, the conditions for its filing, its elements, are herein examined. The dogmatic line of research is adopted, and the dialectical methodology is used. This work has been based on immediate formal sources of documental law research (legislation, academical production, case law). In order to better identifying the object of expropriation, which may consist of chattel or realty, rights and interests alike, a distinction between assets and *rei* is delineated, by means of a verification of the many sorts of assets. Moreover, taking into account that expropriation modifies a *ius in re*, which is the right of ownership, and in attention to the very characteristics of the last, a differentiation between *ius in rem* and *ius in personam* is carried out. The right of ownership is examined, as regards its origin, historical evolution, object, having its social function been emphasized. The forms of acquisition, limitation and extinction of the so mentioned right are also studied. As for expropriation itself, its history is considered closely. The academical definition of expropriation is herein presented, in its elaboration by so many Administrative and Civil law scholars, that contains various aspects regarding its fundamentals, elements and object. The act whereby the State manifests the intention to expropriate is also analyzed. In respect of the action of expropriation for purposes of public need, it is demonstrated that the motion is juridically admissible, in the terms of the law.

Effort has been made in order to identifying the persons and entities that hold the capacity to sue and to be sued, and also the kind of interest that make such motion justified. On the other hand, considering that actions may be identified through the examination of certain elements, like the parties, the motion and the cause of action, these elements are studied. In conclusion, it is stated that, in attention to the evolution of the right of ownership and procedural law as well, modifications in present legislation are needed, for the purpose of a better handling of the matter, concerning the contemporary context.

## **INTRODUÇÃO**

O interesse pelo tema - ação de desapropriação por utilidade pública -, surgiu em virtude de compromissos com o magistério e de nossas atribuições relacionadas à Procuradoria Geral do Estado de Goiás. Não desconhecíamos a importância do instituto da desapropriação, não só por decorrer ele da soberania do Estado; ou por ter sido previsto na Constituição Federal, no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXIV); mas também por consistir em um direito-garantia do proprietário; e por ser o instrumento utilizado pelo Estado para solucionar e harmonizar o impasse entre o interesse público e o interesse do proprietário. Também, não desconhecíamos (totalmente) sua dimensão, pois a desapropriação, mesmo pertencendo ao direito constitucional, integra, também, o direito administrativo e o direito processual civil, que regulam o procedimento necessário à sua efetivação. Reflete-se a desapropriação no direito civil, na medida em que ela é um modo de extinção da propriedade. É, pois, assunto que exige estudos em quatro disciplinas jurídicas: Direito Constitucional, Administrativo, Processual Civil e Civil.

O estudo do processo expropriatório é empolgante, não só por ter sido eleito pelo ordenamento jurídico como meio idôneo para a satisfação do interesse público, sem prejuízo ao direito do proprietário, mas, principalmente, por suas particularidades e peculiaridades. Desde 1941, é ele regulado pelo Dec.-lei n. 3.365, não se permitindo depois da sua vigência outros termos e atos além dos por ela admitidos, nem o seu processamento por forma diversa da que por ela é regulada (art. 41).

No início dos estudos, pretendíamos limitar o trabalho à análise de aspectos relacionados ao exercício do direito da ação expropriatória, às condições da ação e a seus elementos. Contudo, fez-se necessária a abordagem de outros temas afins, visando, inclusive, uma melhor compreensão do instituto.

Considerando que todos os bens podem ser desapropriados (art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941), apresentamos, no capítulo 1, a evolução do seu conceito no decorrer do tempo. Por outro lado, como o Código Civil vigente, na sua parte geral, depois de tratar das pessoas (art. 1º a 78), apresenta as diferentes classes dos bens, dispondo sobre os bens considerados em si mesmos; os bens reciprocamente considerados; e os bens segundo o modo pelo qual se exerce sobre eles o direito dos respectivos proprietários, discorremos sobre tal classificação, visando a melhor identificar o objeto expropriando. No mesmo capítulo, ao tratar dos direitos reais, destacou-se, como não poderia deixar de ser, o direito de propriedade; sua função social; os meios de sua aquisição, limitações e extinção.

No capítulo 2, apresentamos o conceito de desapropriação e a evolução histórica desse instituto. Tratamos, também, da natureza jurídica da desapropriação, dos seus fundamentos e elementos (necessidade ou utilidade pública ou interesse social, justa e prévia indenização em dinheiro). Questões relativas ao valor da indenização e ao princípio da unicidade foram debatidas. Examinamos os critérios estipulados no Dec.-lei n. 3.365/1941 para fixação da indenização expropriatória. Posicionamo-nos, entre outros pontos, sobre o cômputo dos juros compensatórios e dos juros moratórios, dos honorários de sucumbência, do pagamento das custas processuais e da correção monetária,

bem como sobre a prévia indenização e seu pagamento via precatório, após ter sido promovida a execução contra a Fazenda Pública, em conformidade com o art. 730 do CPC.

A desapropriação por utilidade pública foi objeto do capítulo 3, no qual procedemos a uma análise dos casos considerados de utilidade pública, segundo o art. 5º do Dec.-lei n. 3.365/1941. Quanto aos bens que podem ser objeto da desapropriação por utilidade pública, foram analisadas as hipóteses de sua incidência sobre as ações societárias; a obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; a posse legítima; o bem inalienável; o bem penhorado; o bem tombado; o bem público e o bem com destinação pública. Por sua relevância, demos atenção especial ao ato que declara a utilidade pública, discutindo-se temas a ele relacionados, tais como: competência para sua expedição; requisitos; efeitos; prazo de validade e decadência; seu controle por parte do Poder Judiciário; desvio de finalidade e retrocessão. Algumas considerações foram aduzidas, ainda, quanto ao processo administrativo expropriatório.

Reservamos o capítulo 4, especialmente para a ação de desapropriação por utilidade pública. Ainda que de forma sucinta, foram expostas as teorias construídas sobre a ação; analisado o direito constitucional de ação, com enfoque na ação de desapropriação, e apresentado o conceito que lhe vem dando a doutrina atualizada. As condições da ação, seu mérito e os elementos da ação de desapropriação por utilidade pública também foram analisados.

Não obstante, serem importantes e interessantes, alguns aspectos relativos ao processo de desapropriação por utilidade pública, tais

como a citação, a imissão provisória na posse, a resposta do réu, a perícia, entre outros, não foram objeto do presente estudo. Pela importância que possuem, deverão, por certo, fazer parte de um estudo complementar.

Cumprido, ainda, ressaltar que, ao ser elaborado este trabalho, buscamos não só apresentar o pensamento da doutrina, principalmente da doutrina brasileira, mas nele basear-nos para adotar posições e apresentar sugestões. A orientação da jurisprudência também serviu, fartamente, para esse desiderato. Quanto ao direito estrangeiro, é de se observar que foram transcritas algumas regras, comentados alguns preceitos apenas com o intuito ilustrativo e de facilitar a compreensão e a evolução do instituto brasileiro.

Com a realização desse trabalho, esperamos contribuir, de alguma forma, para o aperfeiçoamento do instituto. Esperamos, mais, que as críticas aduzidas ao Dec.-lei n. 3.365/1941 sejam ouvidas, de molde a motivar a elaboração de nova regulamentação mais condizente com a grandeza da expropriação e com a busca de maior efetividade e eficácia da prestação jurisdicional.

## Capítulo 1- NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

### 1.1- Dos Bens

A noção de coisa parte do conceito de algo que nossos sentidos percebem. Nos primórdios, sua concepção estava ligada apenas à sua materialidade<sup>1</sup>. Falava-se de *corpora* antes que de *res*, para indicar precisamente essa materialidade da coisa, denominando-se *corpus* a coisa tangível.

Com o desenvolvimento da economia e das relações jurídicas, já na época de Ulpiano, fez-se necessário ampliar essa antiga noção, surgindo, em lugar de *corpora*, o termo *res*, distinguindo-se as coisas corpóreas (antigos *corpora*) das incorpóreas. *Pecunia* implicava a idéia de patrimônio, ao passo que a noção de *res* era mais ampla, e passou a ter um alcance geral no direito justiniano<sup>2</sup>.

Os romanos definiam as coisas incorpóreas (*res incorporales*) como coisas *quae tangi non possunt*, isto é, que não são percebidas por nossos sentidos, mas por nossa inteligência, como os direitos. Outras entidades

---

<sup>1</sup> Falava-se de *corpora* antes que de *res* para indicar precisamente sua materialidade, cf. Biondo Biondi, *in Los bienes*, trad. 2. ed. Italiana, rev. y ampl. por Antonio de La Esperanza Martínez-Radio. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 18.

<sup>2</sup> Para Biondo Biondi, enquanto as coisas corpóreas constituem uma categoria fechada, cuja noção permanece a mesma até os nossos dias, as coisas incorpóreas são uma categoria aberta, que se desenvolve continuamente em conexão com o desenvolvimento da economia e das relações jurídicas.

imateriais, mesmo que previstas em lei, não estavam compreendidas entre as coisas, já que não se acreditava ser possível aplicar os esquemas tradicionais àquelas novas entidades que iam surgindo.

Biondi<sup>3</sup> critica a opinião dos que limitam a noção de coisa às coisas materiais, entendendo ser ela contrária à própria tradição e ao desenvolvimento histórico. Entendia, ainda, ser ela arbitrária, por limitar a noção de coisa ao âmbito da propriedade e dos direitos reais, como se se entendesse que os outros direitos não tivessem como objeto as coisas<sup>4</sup>.

No sentido jurídico, Biondi conceitua a coisa, como sendo tudo aquilo que constitui ou pode constituir objeto de disciplina jurídica, correspondendo, assim, à substância do próprio direito e à sua ciência. Acrescenta que, assim como os astros são coisas para os astrônomos e as plantas para os botânicos, as realidades sociais que constituem ou podem constituir objeto de regulamentação jurídica, são coisas para o jurista. Todas as demais entidades que estão fora do ordenamento jurídico ou as que não podem ser imaginadas, ao menos naquele momento, não são juridicamente coisas<sup>5</sup>.

Do ponto de vista jurídico positivo, para Biondi<sup>6</sup> coisa é qualquer entidade, material ou imaterial, que seja juridicamente relevante, isto é, que seja tomada em consideração pela lei, enquanto constitui ou pode constituir objeto de relações jurídicas. É a referência objetiva do direito subjetivo,

---

<sup>3</sup> Op.cit., p. 20-21.

<sup>4</sup> Afirma que, precisamente porque as coisas materiais constituem o núcleo central da categoria, senão a mais importante, os romanos assentaram o tratado das coisas sobre a base do domínio e dos direitos reais e hoje, por força da tradição, tratados e códigos modernos, que omitem a parte geral, tratam das coisas quase como premissa da disciplina da propriedade e dos direitos reais conceituados como *iura in re aliena*, op. cit., p. 18.

<sup>5</sup> Biondi, op. cit., p. 22.

<sup>6</sup> Op. cit., p. 25-26.



afirmando que o que individualiza a coisa em sentido jurídico é sua relevância ou consideração jurídica.

Da noção jurídica de coisa apresentada, extrai-se que ela deve ter relevância jurídica, o que significa a possibilidade de poder constituir objeto de relações jurídicas. Em geral, o que permanece estranho e indiferente ao ordenamento jurídico não pode ser considerado como coisa. Pode ser tanto material como imaterial. Deve ter uma utilidade, material ou moral, presente ou futura, para o ser humano, em suas relações sociais. Não se requer que tenha valor econômico, ou seja, que possa traduzir-se em uma quantia em dinheiro.<sup>7</sup>

Para Biondi<sup>8</sup>, bens e coisas são a mesma entidade jurídica, não havendo diferença entre eles. São termos que consideram a mesma entidade, sob aspectos distintos. Coisa alude a uma entidade objetiva por si só, destacada e independente de um sujeito, contanto que seja juridicamente relevante. Bem, ao contrário, reclama a idéia de interesse, de vantagem, de utilidade e, portanto, se refere a um sujeito. Coisa tem uma referência objetiva; bem, subjetiva.

Já para Louis Josserand<sup>9</sup>, os bens, em sentido jurídico, são todos os elementos ativos do patrimônio, com exclusão dos valores extrapatrimoniais.

---

<sup>7</sup> Para Biondi, apesar de a utilidade econômica ser um elemento de grande parte das coisas consideradas pelo Direito, é certo que existem juridicamente coisas carentes de todo elemento de patrimonialidade, como, por exemplo, o direito à honra, ao nome, ao domicílio, à liberdade e, em geral, os direitos da personalidade. Como todos esses direitos devem ter um objeto, deve-se reconhecer que honra, liberdade, domicílio, nome são entidades jurídicas que se devem enquadrar no amplo conceito das coisas, p. 30-33.

<sup>8</sup> Op. cit., 33-35.

<sup>9</sup> *In Derecho civil*, rev. y compl. por André Brun, Tomo I, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, v. 3, p. 3.

Rafael de Pina<sup>10</sup> distingue coisas de bens. Afirma que se tem dado uma acepção mais ampla às coisas do que aos bens. Reproduz ensinamentos de Messineo, no sentido de que, quando uma coisa é idônea a cumprir uma determinada função econômica e social, objetivamente considerada, ela se converte em bem, concluindo que a conversão das coisas em bens se verifica quando estas são apropriadas. Reconhece que a palavra bens compreende não só as coisas apropriadas, mas, também, todos os objetos suscetíveis de ter alguma utilidade.

Entre os doutrinadores nacionais, Sílvio de Salvo Venosa<sup>11</sup>, apesar de reconhecer que há divergência doutrinária, entende que não se devem confundir bens com coisas, considerando que, no campo jurídico, bem é tudo aquilo que tem valor; é tudo o que pode proporcionar utilidade aos homens. Afirma que o termo bem é uma espécie de coisa, embora às vezes seja utilizado indiferentemente. Reforça que todos os bens são coisas, mas nem todas as coisas merecem ser denominadas bens. O sol, o mar, a lua, por exemplo, são coisas, mas não são bens, porque não podem ser apropriados pelo homem. Citando Serpa Lopes, conclui que,

“sob o nome de coisa, pode ser chamado tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como bem só é considerada aquela coisa que existe proporcionando ao homem uma utilidade, porém com o requisito essencial de lhe ficar suscetível de apropriação”.

Ressalta, ainda, Venosa<sup>12</sup> que o termo bens, que serve de título ao Livro II da Parte Geral do Código Civil de 1916 e do Código Civil de

---

<sup>10</sup> *In Elementos de Derecho Civil Mexicano*, 5. ed., rev. y actual. por Rafael de Pina Vara, v. 2, México: Editorial Porrúa S.A., 1973, p. 25.

<sup>11</sup> *Direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 328.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 328-329. No mesmo sentido Washington de Barros Monteiro, a respeito do Código de 1916, já aduzia que o vocábulo "bem", utilizado pelo legislador como rubrica do Livro II da parte geral do Código Civil, tem significado amplo e é utilizado pela doutrina, e pelo próprio legislador, em diferentes acepções. Na parte

2002, tem significação extensa, englobando coisas e direitos, sob diversos aspectos.

Também para Virgílio de Sá Pereira<sup>13</sup>, os dois termos devem ser distinguidos: coisa é gênero, do qual o bem é espécie. Considera todos os bens como sendo coisas, mas afirma que a recíproca não é possível, já que nem todas as coisas são bens. Só considera bens aquelas coisas das quais o homem pode apropriar-se, sobre as quais pode exercer uma dominação direta e eficiente. Exemplifica que a terra e o sol são igualmente coisas, mas somente a terra é bem porque somente ela é suscetível de apropriação pelo homem.

Também Maria Helena Diniz<sup>14</sup> diz que os bens são coisas, porém nem todas as coisas são bens. As coisas são gênero do qual os bens são espécies. As coisas abrangem tudo quanto existe na natureza, exceto as pessoas, mas como "bens" só se consideram as coisas existentes que proporcionam ao homem uma utilidade, sendo suscetíveis de apropriação, constituindo, então, o seu patrimônio.

Stolze Gagliano e Pamplona Filho<sup>15</sup>, adotando a linha do Direito alemão, preferem identificar a coisa sob o aspecto de sua materialidade, reservando o vocábulo aos objetos corpóreos. Os bens, por sua vez, compreenderiam os objetos corpóreos ou materiais (coisas) e os ideais (bens

---

especial, quando trata da propriedade e de seus desdobramentos, fala em coisa, deixando de utilizar-se do termo "bem", como feito na parte geral. *Apud* Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 207.

<sup>13</sup> *In Manual do Código Civil Brasileiro: direito das coisas*, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924, v. 8, p. 12.

<sup>14</sup> *Curso de direito civil brasileiro: teoria do direito civil*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 309-310.

<sup>15</sup> *Novo curso de direito civil: parte geral*, 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 281.

imateriais). Dessa forma, apontam que há bens jurídicos que não são coisas: a liberdade, a honra, a integridade moral, a imagem, a vida<sup>16</sup>.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>17</sup> concluiu que bem, em sentido amplo, é tudo o que nos agrada, como, por exemplo, uma casa, ou o nome do indivíduo ou, ainda, a alegria de vivenciar um espetáculo da natureza, como o pôr-do-sol. Já bens jurídicos seriam aqueles que se prestam a satisfazer nossas exigências e nossos desejos, desde que amparados pela ordem jurídica, excluindo os bens morais, as solicitações estéticas e os anseios espirituais. Distinguiu que, em sentido estrito, o objeto da relação jurídica, o bem jurídico especificamente considerado distingue-se das coisas, em razão da materialidade destas, ou seja, as coisas são materiais ou concretas, ao passo que o nome bem, em sentido estrito, é reservado para designar os objetos imateriais ou abstratos<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Maria Helena Diniz, mesmo entendendo que coisa é gênero, do qual os bens são espécies, com base em Sílvio Rodrigues, exemplifica que, se a coisa pela qual procura o homem for uma coisa inesgotável ou extremamente abundante, destinada ao uso da comunidade, como a luz solar, o ar atmosférico, a água do mar etc., não há motivo para que esse tipo de bem seja regulado por norma de direito, porque não há nenhum interesse econômico em controlá-lo, *in Curso de direito civil*, 22. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e o Projeto de Lei n. 6.960/2002: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 309. Por sua vez, Roberto Senise Lisboa critica tal pensamento, por entender que não há mais razão para se considerar que somente pode ser objeto de direito aquilo que é raro (pensamento adotado por Sílvio Rodrigues, *in Direito civil*, 34. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 116), afirmando que ele se encontra divorciado da realidade do mercado, em que o objeto é produzido em série e colocado muitas vezes em larga escala. Também, que considerar que aquilo que existe de forma abundante não pode ser objeto de direito é equivocado, já que há um interesse geral na preservação dos recursos naturais, como a água, a luz e o ar. Se eles não podem ser tidos como objetos de direito, como defendê-los, por exemplo, da poluição, indaga, *in Manual de direito civil: teoria geral do direito civil*, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1, p. 418, posicionamento com o qual concordamos integralmente.

<sup>17</sup> *Instituições de direito civil*. 21. ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, atualizadora Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 400-402.

<sup>18</sup> Acrescenta que, todavia, nem tudo o que é corpóreo e material é coisa, exemplificando que o corpo humano não é coisa apesar de sua materialidade, porque o homem é sujeito dos direitos, e não é possível separar a pessoa humana, dotada do requisito da personalidade de seu próprio corpo. Afirma que, depois da morte, porém, o cadáver é uma coisa, da mesma forma que são coisas as partes estacadas do corpo sem vida, como os ossos, as peças anatômicas preparadas, as quais, por isto mesmo, podem ser objeto de alguma relação jurídica, ou ser objeto de negócios jurídicos restritos, *op. cit.*, p. 402.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior<sup>19</sup> usam a expressão patrimônio com o sentido que abarca tudo aquilo que é suscetível de se tornar objeto de direito; considerando como bens tudo quanto possa ser desejado e cobiçado pelos homens e protegido e tutelado pelo direito, podendo ser tanto coisas materiais, como bens imateriais, incluindo, o patrimônio moral de alguém.

Assim, deve-se entender por bens tudo aquilo que possa interessar ao homem e que possa constituir objeto de regulamentação jurídica, podendo ser material ou imaterial. Por coisa, não obstante o posicionamento doutrinário no sentido de que ela é gênero, da qual os bens são espécies, entendemos ser o objeto material ou corpóreo, espécie do gênero bens.

Ao contrário do Código português, que, no seu art. 202, definiu coisa como sendo tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas; do Código italiano que, no art. 810, diz que são bens as coisas que podem constituir objetos de direitos; e do Código civil espanhol que considera bens todas as coisas, móveis ou imóveis, que podem ser objeto de apropriação (art. 333), o Código Civil brasileiro preferiu não definir os dois termos, utilizando ambos: na parte geral, usa o termo bem; na parte especial, quando trata da propriedade e de seus desdobramentos, vale-se do termo coisa.

### **1.1.1 - Classificação**

Na sua parte geral, depois de tratar das pessoas (arts. 1º a 78), apresenta o Código Civil vigente as diferentes classes de bens, dispondo sobre

---

<sup>19</sup> *Código civil comentado e legislação extravagante*: atualizado até 15 de junho de 2005, 3. ed. rev., atual. e ampl da 2 ed. do Código Civil anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 207.

os bens considerados em si mesmos (imóveis, móveis, fungíveis e consumíveis, divisíveis, singulares e coletivos, arts. 79 a 91); os bens reciprocamente considerados (principais e acessórios, arts. 92 a 97) e os bens considerando-se o modo pelo qual se exerce sobre eles o direito dos respectivos proprietários (públicos e privados, arts. 98 a 103).

#### 1.1.1.1 - Móveis e Imóveis

A distinção entre bens imóveis e móveis leva em consideração a condição física de sua mobilidade<sup>20</sup>. Em princípio, consideram-se imóveis as coisas fixas, que não podem ser transportadas ou transferidas de local, sem que haja alteração de sua substância; e móveis, as coisas que podem ser deslocadas. Os bens suscetíveis de movimento próprio, denominados semoventes, recebem o tratamento de móveis.

A doutrina entende como sendo bens imóveis aqueles que não podem ser transportados de um lugar para outro, sem alterar, de algum modo, sua forma ou substância; alguns o são por sua natureza, outros por disposição expressa da lei, tendo em conta seu destino. E móveis os bens

---

<sup>20</sup> Apesar de não ter atribuído as mesmas conseqüências que o direito moderno, o direito romano já havia estabelecido tal distinção fundada no caráter físico da mobilidade das coisas: as *res mobiles* e o *res se moventes* se opunham às *res soli*. Nos países de direito consuetudinário se pôs em prática um princípio diferente de classificação, em que se considerava o valor econômico e social dos bens. Na Idade Média, a terra era considerada o único elemento sólido de riqueza, e os móveis tinham pouca importância e duração. Na época do regime feudal, os bens considerados mais importantes e duradouros eram tidos como *heredades* (imóveis) e cercados de todas as classes de garantias, existindo, inclusive, regras particulares para sua transmissão. Por outro lado, os bens que, mesmo possuindo natureza de imóvel, mas que apresentavam menor valor econômico (p. ex.: granjas, estábulos, árvores infrutíferas), eram submetidos, em parte, ao mesmo regime dos móveis, especialmente quanto à sucessão, e eram denominados de *chatels* ou *cauteux*. Posteriormente, apareceram outras espécies de bens, que deveriam ser regulados como móveis, mas, por representarem alto valor econômico, passaram a ser tratados como imóveis, assegurando-se-lhes as mesmas garantias desses, cf. Georges Ripert e Jean Boulanger, *in Tratado de Derecho Civil: segun el tratado de Planiol*, trad. Delia Garcia Dairea, Buenos Aires: La Ley, v. 6, p. 32-35. Noticia Louis Jossierand que, em Roma, os móveis e imóveis, em princípio, não estavam submetidos a regimes jurídicos diferentes, sendo que ambos comportavam a hipoteca, e sua propriedade se transferia por procedimentos idênticos. O regime feudal se caracterizou pelo fanatismo territorial, consistindo a terra no eixo de toda a organização social; era fonte de honra e nobreza, enquanto os bens móveis eram considerados de ínfimo valor. Com a Revolução, essas idéias tiveram de ser barradas ante a corrente individualista que inspirou a Declaração de Direitos do Homem e do cidadão, op. cit., p. 23.

suscetíveis de ser transportados de um lugar para outro sem alterar sua forma nem sua substância<sup>21</sup>.

O art. 79 do Código Civil considera bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

O solo deve ser considerado como o conjunto de partes sólidas e fluidas, que formam sua superfície, seu subsolo e espaço aéreo utilizáveis. Os terrenos (urbano e rural) são imóveis por excelência.

Carvalho Santos<sup>22</sup> define bens imóveis, ou "bens de raiz", como aqueles que absolutamente não se podem transportar sem alteração de sua essência, tais como: o solo, com uma superfície, com seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores, os frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo.

Para Caio Mário<sup>23</sup>, a classe dos imóveis por natureza abrange o solo e tudo aquilo que a ele é aderente em estado de natureza, independentemente de qualquer artifício ou engenho humano. Exemplifica que a árvore, o arbusto, a planta rasteira, fixos ao solo pelas raízes, são imóveis por natureza, ainda quando resultantes do trabalho de cultura do homem, já que a sua qualificação decorre da sua condição de ser fixa ao solo pela raiz; daí não considerar imóveis as plantas cultivadas em vasos ou recipientes removíveis, mesmo quando o sejam em grandes proporções<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Cf. Rafael de Pina, op. cit., p. 28 e 30.

<sup>22</sup> *Código Civil Interpretado*, apud Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 208.

<sup>23</sup> Op. cit., p. 415.

<sup>24</sup> Acrescenta que o Código de Mineração considera as massas minerais ou fósseis, existentes no subsolo, como imóveis, sendo-o por natureza, até que se opere, pela indústria humana, sua separação da jazida que as conserva (parágrafo único do art. 6º do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967). Também é considerado imóvel o curso d'água como conjunto ou massa líquida, sem se cogitar da água que por si mesma corre.

De forma restritiva, só o solo poderia ser considerado como imóvel por natureza, entretanto o legislador ampliou esse conceito, incluindo os acessórios e adjacências naturais, as árvores, os frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo<sup>25</sup>.

Outra categoria de imóveis prevista no Código Civil é a dos imóveis por acessão física. Entende-se que a acessão ocorre quando uma coisa adere fisicamente a outra, de modo que uma delas absorve a outra. Assim, tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções que não podem ser removidos sem sua destruição, modificação, fratura ou dano, é considerado imóvel por acessão física artificial<sup>26</sup>.

Todo o conjunto de materiais consolidados de forma permanente no solo, seja em sua superfície, seja em seu subsolo ou em seu espaço aéreo, é denominado edifício.

Para que seja considerada imóvel, não se exige que a construção seja para sempre ou perpétua. Assim, por exemplo, os edifícios construídos para uma exposição são imóveis, mesmo que estejam destinados a ser demolidos ao fim de alguns meses ou semanas. Contudo as construções provisórias, tais como barracas de feiras e tendas de circo, que são apenas acostadas à superfície do solo, não se fixando a ele, podendo dele ser retiradas

---

<sup>25</sup> Nesse sentido, Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 316. Também para Caio Mário constituem imóveis por acessão física tudo quanto o homem incorpora permanentemente ao solo, inclusive seus acessórios, quais sejam pára-raios, balcões, platibandas etc., *op. cit.*, p. 416.

<sup>26</sup> Eram esses os elementos apresentados pelo Código Civil de 1916, em seu art. 43, inc. II, para se conceituar o imóvel por acessão.



sem que causem ao solo qualquer destruição ou dano, não devem ser consideradas imóveis<sup>27</sup>.

Permanência não significa perpetuidade, mas duração. A qualidade do material utilizado na construção não é relevante; o que importa é sua aderência ao solo, seja por escavações, alicerces, colunas, pilastras ou qualquer outro modo que signifique permanência, o que não exclui a simples justaposição, quando a massa colocada na superfície impõe uma adesão permanente, sem necessidade de amarração ou outros meios de fixação<sup>28</sup>.

Todavia estabeleceu o Código Civil, no inc. I do art. 81, que as edificações que, separadas do solo, mas conservando sua unidade, forem removidas para outro local não perdem o caráter de imóveis. É que ante o desenvolvimento técnico atingido pelo homem, fazem-se possíveis a remoção, o transporte e a reedição de um conjunto arquitetônico inteiro, daí a previsão do legislador.

Todas as plantas existentes, de pequeno ou grande porte, as sementes lançadas ao solo para germinar, bem como as construções propriamente ditas (p. ex.: casas, galpões), e outros tipos de edificações (*ex. vi*, pontes, represas) são consideradas imóveis por acessão<sup>29</sup>. Os prédios de apartamentos são considerados propriedades sobrepostas e presas ao solo e foram denominados pelo nosso Código Civil condomínio edilício.

---

<sup>27</sup> Cf. Georges Ripert e Jean Boulanger, op. cit., p. 42; Caio Mário, op. cit., p. 416-417, e Sílvio Venosa, op. cit., p. 332.

<sup>28</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p.417.

<sup>29</sup> Há decisão no sentido de que “Consideram-se imóveis os acessórios do solo e da superfície, compreendidas as árvores e os frutos pendentes, assim como as sementes lançadas à terra, CC, art. 43 (art. 79, CC/2002)”, RJTJSP 136/44.

Contudo, quando alguns desses bens são destacados da coisa principal, quando, por exemplo, se corta a árvore, se colhem os frutos da terra, se extraem pedras e metais do solo, esses bens passam a ser considerados como móveis.

Já se decidiu que não se considera versando sobre coisa imóvel o contrato de compra e venda de árvores para exploração de lenha de madeira<sup>30</sup>, e que árvores vendidas para corte são móveis por antecipação e, para sua alienação, independem de outorga uxória<sup>31</sup>.

Nos termos do art. 84 do Código Civil, enquanto os materiais destinados a uma construção não forem empregados, eles conservam sua qualidade de móveis. Também os provenientes da demolição de algum prédio readquirem essa qualidade.

É que, conforme ensina Caio Mário<sup>32</sup>,

os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele mesmo serem reempregados, não perdem o caráter de imóveis, em razão da idéia que os mantém vinculados a ele (art. 81, II, do Código Civil). Mas os que são destacados do prédio, sem a mesma destinação, vão recuperando a sua natural mobilidade na medida em que se desprendem, da mesma forma que os materiais destinados a serem empregados em uma edificação se conservam como coisas móveis até que sejam utilizados (art. 84).

Complementando, Maria Helena Diniz<sup>33</sup> afirma que

O que se retirar de um prédio para novamente nele se incorporar pertencerá ao imóvel e será imóvel. Se empregado for em outro prédio, perderá temporariamente sua imobilidade enquanto não for utilizado na nova

---

<sup>30</sup> RT 110/665.

<sup>31</sup> RT 227/231.

<sup>32</sup> Op.cit., p. 419.

<sup>33</sup> Op. cit., p. 318.

construção. Demolição para reconstrução não acarretará perda da condição de imóvel, visto que a sua destinação é a mesma.

A propriedade do solo, apesar de abranger a do subsolo e a do espaço aéreo, sofre inúmeras limitações.

Nos termos do art. 176, §§ 1º a 4º, da Constituição Federal, foi estabelecido que as jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo<sup>34</sup>, contudo foi assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra, na forma e no valor dispostos em lei.

Celso Ribeiro Bastos<sup>35</sup> comenta que o que o texto constitucional dissocia nos imóveis em que haja ocorrências mineralógicas é, de um lado, o solo com as benfeitorias que tiver, e, de outro, o domínio das jazidas e dos potenciais de energia elétrica, que integram o domínio da União. Esclarece que as jazidas são concentrações de minério em determinada área. A partir do momento em que são exploradas são denominadas minas. Por força de mero contrato de concessão de exploração, o concessionário vai adquirindo o domínio do produto da sua atividade mineralógica, na medida em que o mineral for despreendendo-se e deslocando-se do local de origem. Enquanto, portanto, não for objeto de lavra, os minerais continuam no domínio da União, mesmo após a concessão de sua exploração. Também o titular das águas não é o proprietário do potencial hidráulico. Para dele se utilizar, necessita de autorização ou concessão, que pode dar-se em seu próprio benefício ou no de terceiros, que podem ser

---

<sup>34</sup> Essa dissociação entre o senhor do solo e o das riquezas do subsolo deu-se no correr deste século, mais precisamente a partir da Constituição de 1934, que, no seu art. 118, dispunha que a propriedade do solo não importava na das jazidas a ele subjacentes e das minas que nele se contivessem.

<sup>35</sup> *In Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988, São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 140-142.

dispensados em sendo o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Para os profs. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>36</sup>, a Constituição Federal limitou a propriedade do solo, não quanto à profundidade, mas sim, quanto aos elementos contidos no subsolo, que pertencem à União e são susceptíveis de exploração por concessão dela.

Seguindo o disposto na Constituição Federal, o atual Código Civil, em seu art. 1.230 e parágrafo único, dispõe que a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais: é reservado ao proprietário do solo o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial e que seja obedecido o disposto em lei especial.

O Decreto-lei nº 227/1967, em seu art. 85, dispõe que o limite subterrâneo da jazida ou mina é o plano vertical coincidente com o perímetro definidor da área titulada, sendo admitida, excepcionalmente, a fixação de limites em profundidade por superfície horizontal. Considera jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fósil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa.

O Código de Águas (Dec. 24.643, de 10-7-1934), em seu art. 145, prevê que as quedas e outras fontes de energia hidráulica são bens imóveis considerados como coisas distintas do solo em que se encontrem. Não abrangem

---

<sup>36</sup> Op. cit., p. 739.

a propriedade superficial a água, o álveo do curso no trecho em que se ache a queda d'água, nem a respectiva energia hidráulica, para o efeito de seu aproveitamento industrial.

Daí afirmar Caio Mário<sup>37</sup> que as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial, devendo esse aproveitamento ser feito mediante autorização ou concessão, por meio de decretos expedidos pelo Presidente da República, somente podendo ser conferido a cidadão brasileiro ou as sociedades organizadas no país. Ao proprietário do solo é reconhecido o direito preferencial para a exploração, ressalvada a livre utilização das quedas d'água de potência reduzida. Quanto às jazidas de petróleo e gases naturais, elas subordinam-se a regime especial, constituindo bens do domínio da União, insuscetíveis de prescrição, alienação e exploração por empresa particular, mesmo sob regime de concessão (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997).

A Constituição Federal assegurou aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, nos termos da lei, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração (§1º do art. 20).

Quanto ao espaço aéreo, na Constituição Federal constou a necessidade de se regularem os transportes aéreos (art. 178), tendo o Código

---

<sup>37</sup> Op. cit., p. 60.

Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986) disposto sobre restrições especiais das propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações que permitam a navegação aérea. O exercício do direito de propriedade pelo titular é permitido nos limites da sua utilidade, com as restrições que se impõem, em virtude dos interesses de Soberania Nacional (CF 20, § 2º, 22), de navegação aérea (CF 21, XII, c), de segurança de transportes aeroviários (CBA 43 a 46) e de restrições urbanísticas e ambientais impostas pelo Poder Público<sup>38</sup>.

Embora o proprietário do solo não possa impedir a circulação aérea, também não deve ser por ela prejudicado. Direito lhe assiste de receber indenização dos danos que porventura venham a ser causados pelo tráfego aéreo. O uso do espaço aéreo correspondente a terrenos públicos ou particulares pode ser objeto de concessão para fins específicos, como direito real na coisa alheia<sup>39</sup>.

O proprietário, apesar de ostentar os direitos inerentes à sua qualidade de proprietário (usar, gozar e dispor do bem), não poderá se opor à exploração do solo, do subsolo e do espaço aéreo correspondentes à área de seu terreno, porque há limite ao exercício desse direito de propriedade, uma vez que a titularidade dos bens do subsolo e do espaço aéreo estão fora da idéia de propriedade do solo. Faz-se referência aos arts. 20, § 1º, 176 e 177, da Constituição Federal<sup>40</sup>.

Por isso pode o proprietário do solo edificar, no seu subsolo, porões, adegas, túneis, garagens e passagens, ou construir vários andares sobre sua superfície. Nesse sentido, o art. 1.229 do Código Civil considerou que a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e o subsolo, correspondentes, em

---

<sup>38</sup> V. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 739.

<sup>39</sup> Cf. Orlando Gomes, op. cit., p. 117.

<sup>40</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, , p. 638.

altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Incide, na espécie, o princípio da razoabilidade, a determinar que a propriedade do solo se projeta superior e inferiormente dentro de um limite razoável, necessário para a fruição do bem sobre o qual incide seu direito real. O proprietário tem o direito de construir dentro de suas divisas e fincar o alicerce na profundidade que lhe parecer mais aconselhável, para segurança do prédio<sup>41</sup>. O direito do proprietário só se estende até o ponto em que devam ser satisfeitas as necessidades práticas da propriedade, prevalecendo o critério da utilidade do exercício<sup>42</sup>.

Quanto aos imóveis por acessão intelectual ou imóveis por destinação do proprietário, o Enunciado 11, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob os auspícios do Superior Tribunal de Justiça, nos dias 11 a 13 de setembro de 2002, concluiu que: *“Não persiste no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, não obstante a expressão ‘tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente’, constante da parte final do art. 79 do CC”*<sup>43</sup>.

Para a ocorrência da acessão intelectual, exigia-se que se tratasse de coisa móvel, pertencente ao proprietário do imóvel; que se destinasse a finalidade econômica da coisa principal a seu uso, ou a seu serviço ou, ainda,

---

<sup>41</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, in *Limitações do direito de propriedade*, p. 20. Apud Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 639.

<sup>42</sup> Nesse sentido Orlando Gomes, op. cit., p. 116.

<sup>43</sup> Posicionamento adotado na obra atualizada de Caio Mário é no sentido de que, apesar de o atual Código Civil ter dispensado sua manutenção, não deve anular o consectário pela sua obsolescência, op. cit., p. 419.

ao adorno de outrem, e não aos interesses pessoais do proprietário; que tivesse um caráter permanente e houvesse possibilidade de essa destinação atuar, mediante relação local da coisa com o imóvel<sup>44</sup>.

Distinguindo a acessão intelectual da acessão física, Caio Mário<sup>45</sup> levanta dois pontos. O primeiro é que na acessão intelectual não há adesão da coisa móvel ao imóvel, mas sim, o estabelecimento de um vínculo meramente subjetivo. E o segundo é que, por ser a projeção imobiliária sobre o bem móvel um pouco artifício da mente humana que os tornou coisa imóvel, pode a todo tempo retorná-las à sua mobilidade natural.

Consideram-se imóveis por determinação legal aqueles bens que a lei trata como imóveis, independentemente de sua natureza física.

É que, visando conferir maior segurança às relações jurídicas, a lei considerou como sendo imóveis os direitos reais sobre eles incidentes, mesmo sendo eles imateriais. Não se considera a natureza dos bens, que são tidos como imóveis por vontade do legislador. Decorre dos termos do art. 80, incs. I e II, do Código Civil que os direitos reais sobre imóveis (p. ex.: as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, a superfície, o penhor, a anticrese) e as ações que os asseguram (ações reivindicatória, confessória e negatória de servidão, hipotecárias, pignoratícias etc), bem como o direito à sucessão aberta, foram por ele considerados imóveis.

---

<sup>44</sup> Cf. Maria Helena Diniz, op. cit., p. 319. São exemplos de acessão imóvel intelectual: a) para exploração industrial, os equipamentos da indústria; b) para aformoseamento, os armários embutidos; c) para comodidade os equipamentos de ar-condicionado, cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 209.

<sup>45</sup> Op. cit., v. 1, p. 418-419.



Nesse sentido, Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>46</sup> afirmam que os direitos são coisas imateriais, daí não entrarem na classificação de coisas móveis e imóveis; entretanto, para segurança das relações jurídicas, são tratados como se imóveis fossem. Entre eles estão: a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador de imóvel, a anticrese e a hipoteca, enfim, os direitos reais sobre coisas imóveis (CC, art. 1225).

O direito à sucessão aberta é o complexo patrimonial transmitido pelo *de cuius* a seus herdeiros. Mesmo que a herança seja composta apenas por bens móveis, ela será considerada como imóvel. É que a lei não cogitou da natureza dos bens que compõem a herança, mas do direito a eles. Com a partilha devidamente homologada, deixa de existir a herança, passando os bens a receber tratamento individualizado<sup>47</sup>.

Por outro lado, os bens móveis por natureza são aqueles suscetíveis de movimento próprio (semoventes), ou de remoção por força alheia, sem alteração de sua substância ou de sua destinação econômico-social (art. 82 do Código Civil), exceto se tiverem aderido a um imóvel.

Assim, por exemplo, o material de construção (telhas, tijolos, areia, cimento, pisos) é considerado móvel. Todavia, caso seja utilizado, passando a fazer parte integrante do edifício, ele será considerado imóvel, ocorrendo a acessão.

---

<sup>46</sup> Op. cit., p. 209.

<sup>47</sup> Nesse sentido, Venosa, op. cit., p. 337. Acrescentam Rosa Maria e Nelson Nery Júnior que, dada a natureza de bem imóvel de que se revestem os direitos hereditários (CC 80 II), a cessão desses direitos, já aberta a sucessão, deve ser feita por instrumento público, op. cit., p. 209.

Os móveis conservados no mesmo lugar indefinidamente por seu proprietário não adquirem o caráter de coisa imóvel, já que somente sua acessão é que lhes transforma a natureza, conforme se depreende do disposto no art. 79 do Código Civil<sup>48</sup>.

Consideram-se bens móveis por antecipação aqueles bens que, apesar de incorporados ao solo, destinam-se à separação, e serão convertidos em móveis, tais como árvores que serão transformadas em lenha ou carvão. Ou seja, são aqueles que, apesar de aderentes aos imóveis, estejam na iminência da mobilização. Contudo, o Código Civil vigente não trouxe qualquer consideração sobre eles<sup>49</sup>.

Em decorrência de determinação legal, são considerados móveis: as energias que tenham valor econômico (como, p. ex., a solar, a nuclear, a eólica); os direitos reais sobre objetos móveis (v.g., o penhor) e as ações correspondentes; e os direitos pessoais de caráter patrimonial (direitos obrigacionais e de créditos) e respectivas ações (art. 83, Código Civil).

São móveis por força da lei os direitos de autor (art. 48, III, Código Civil e art. 3º, Lei nº 9.610/1998), a propriedade industrial (art. 5º, Lei nº 9.279/1996). Também são considerados bens móveis os programas de computador (art. 2º, Lei n. 9.609/1998) e as ações de uma sociedade anônima.

---

<sup>48</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 422-423.

<sup>49</sup> Há posicionamento doutrinário no sentido de que, assim como os bens imóveis por antecipação, devam ser admitidos os móveis por antecipação, cf. obra atualizada de Caio Mário, em que coloca-se que o industrial que adquire do proprietário de um fundo a madeira existente nele, para recebê-la cortada ou para ele próprio encarregar-se da derrubada, não está positivamente negociando uma coisa imóvel, pois que as árvores de nada lhe servirão enquanto presas pelas raízes. O objeto do contrato é a madeira a ser cortada; o que tem interesse econômico são as árvores destacadas do solo. Portanto, em decorrência do interesse econômico, os bens, embora aderentes aos imóveis, mas na iminência da mobilização, devem ser considerados coisa móvel por antecipação, quando tratados como objetos autônomos, op. cit., p. 424 e 419.

O direito do inventor do produto de seu trabalho intelectual inscreve-se entre os direitos imateriais, e a invenção se constitui como coisa incorpórea, pertencendo à categoria dos bens móveis<sup>50</sup>.

A Constituição Federal de 1988 garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, direito esse transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (inc. XXVII, art. 5º). Assegura a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (alínea "a", inc. XXVIII, art. 5º), bem como o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas (alínea "b", inc. XXVIII, art. 5º).

Aos autores de inventos industriais foi estabelecido no inc. XXIX do art. 5º da Carta da República que a lei assegurará privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Explica José Afonso da Silva<sup>51</sup> que o privilégio de invenção, espécie de propriedade de bens incorpóreos, assegura ao inventor (criador de objeto capaz de propiciar novos resultados industriais) o direito de obter patente de propriedade do invento e o direito exclusivo de utilização; a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas e seu uso exclusivo, mediante seu

---

<sup>50</sup> Cf. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, 23. ed., atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 275.

<sup>51</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. rev. e ampl., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 251.

registro; à propriedade de marcas de serviços; à exclusividade dos nomes de empresas e de outros signos distintivos.

A Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

O texto da atual lei brasileira decorre de um acordo internacional do qual o Brasil é signatário original, que é a Convenção da União de Paris. Nessa condição, o Brasil se comprometeu a adotar, de acordo com a sua Constituição, as medidas necessárias para assegurar a aplicação daqueles dispositivos, de âmbito internacional, para proteção da propriedade industrial. O texto inicial do acordo foi redigido sob a forma de anteprojeto, em Conferência Diplomática realizada em Paris, no ano de 1880. Aprovada a primeira redação, entrou em vigor em 7 de julho de 1883. Foram, posteriormente, introduzidas várias modificações, em seis revisões. Na qualidade de signatário original, o Brasil aderiu à última revisão em 1992<sup>52</sup>.

Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas na Lei n. 9.279/1996.

A lei brasileira não define invenção. Ricardo Negrão<sup>53</sup> diz ser o ato humano de criação original, lícito, não compreendido no estado da técnica e suscetível de aplicação industrial, ou, ainda, conforme se extrai do Código de

---

<sup>52</sup> Cf. Ricardo Negrão, que complementa, que a expressão "concessão" é utilizada porque cabe ao Estado conceder o direito a sua exploração, mediante requerimento dirigido ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). Dessa forma, ninguém pode reivindicar para si o direito exclusivo de exploração de invenção ou de modelo de utilidade sem que, previamente, o tenha obtido por parte do Estado. Op. cit., p. 106 e 109.

<sup>53</sup> Op. cit., p. 109.

Propriedade Industrial português: "o novo resultado de uma atuação criativa de espírito humano, consistente em novo produto, ou um novo processo ou meio técnico para obtenção de produtos".

Para Luis da Cunha Gonçalves<sup>54</sup> a invenção é a criação ou descoberta, mediante esforços intelectuais e experiências ou investigações, ou por acaso, de qualquer mecanismo, aparelho, ferramenta, utensílio, processo ou meio ignorados, ou de aplicação nova de meios ou processos conhecidos, ou de aperfeiçoamento ou melhoramentos de inventos anteriores, que sejam susceptíveis de industrialização.

Modelo de utilidade é o objeto de uso prático, ou parte deste, não compreendido no estado da técnica, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação (art. 9º c/c art. 11 da Lei n. 9.279/1996). Consistem nos modelos de ferramentas, utensílios, vasilhame e demais objetos destinados a uso prático, ou os de qualquer parte deles que, por nova forma, disposição ou novo mecanismo, aumente ou melhore as condições de aproveitamento de tais objetos<sup>55</sup>.

É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação (art. 9º, Lei n. 9.279/1996). Para a Lei n. 9.279, de 14-5-1996, é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (art. 8º).

---

<sup>54</sup> *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Ática, 1952, p. 83.

<sup>55</sup> Cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 86.

Nos termos estabelecidos no art. 11 e seu § 1º da Lei n. 9.279/1996, a invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando não compreendidos no estado da técnica. O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17 da mencionada Lei n. 9.279/1996<sup>56</sup>.

A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica (art. 13 da Lei n. 9.279/1996). O modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica (art. 14). A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria (art. 15).

Não são patenteáveis: o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e o todo

---

<sup>56</sup> Estabelece o art. 12 da Lei n. 9.279/1996 que: "Não será considerada como estado da técnica a divulgação de invenção ou modelo de utilidade, quando ocorrida durante os 12 (doze) meses que precederem a data de depósito ou a da prioridade do pedido de patente, se promovida: I- pelo inventor; II- pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, através de publicação oficial do pedido de patente depositado sem o consentimento do inventor, baseado em informações deste obtidas ou em decorrência de atos por ele realizados; ou III- por terceiros, com base em informações obtidas direta ou indiretamente do inventor ou em decorrência de atos por este realizados". O art. 16 dispõe que: "Ao pedido de patente depositado em país que mantenha acordo com o Brasil, ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional, será assegurado direito de prioridade, nos prazos estabelecidos no acordo, não sendo o depósito invalidado nem prejudicado por fatos ocorridos nesses prazos". Prevê, por sua vez, o art. 17 que: "O pedido de patente de invenção ou de modelo de utilidade depositado originalmente no Brasil, sem reivindicação de prioridade e não publicado, assegurará o direito de prioridade ao pedido posterior sobre a mesma matéria depositado no Brasil pelo mesmo requerente ou sucessores, dentro do prazo de 1 (um) ano".

ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos da patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta (art. 18 incs. I a III).

A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado. Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado (art. 88 e § 1º).

Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador (art. 90).

A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário (art. 91).

A patente será concedida depois de deferido o pedido e comprovado o pagamento da retribuição correspondente, expedindo-se a respectiva carta-patente (art. 38). A patente de invenção vigorará pelo prazo de vinte anos, e a de modelo de utilidade pelo prazo de quinze anos contados da data de depósito (art. 40).

A extensão da proteção conferida pela patente será determinada pelo teor das reivindicações, interpretado com base no relatório descritivo e nos desenhos (art. 41). A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: produto objeto de patente; processo ou produto obtido diretamente por processo patentado (art. 42, incs. I e II). Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente (art. 44).

Nos termos do art. 78 e parágrafo único da Lei n. 9.279/1996, a patente extingue-se: pela expiração do prazo de vigência; pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros; pela caducidade; pela falta de pagamento da retribuição anual, nos prazos previstos no § 2º do art. 84 e no art. 87; e pela inobservância do disposto no art. 217<sup>57</sup>. Extinta a patente, o seu objeto cai em domínio público.

Caducará a patente de ofício ou a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, se, decorridos dois anos da concessão da primeira licença compulsória, esse prazo não tiver sido suficiente para prevenir ou sanar o abuso ou desuso, salvo motivos justificáveis. A patente caducará quando, na data do requerimento de caducidade ou da instauração de ofício do respectivo processo, não tiver sido iniciada a exploração (art. 80 e § 1º da Lei 9.279/1996).

---

<sup>57</sup> O art. 217 estabelece que: "A pessoa domiciliada no exterior deverá constituir e manter procurador devidamente qualificado e domiciliado no País, com poderes para representá-la administrativa e judicialmente, inclusive para receber citações".



Ao autor será assegurado o direito de obter registro de desenho industrial que lhe confira a propriedade, nas condições estabelecidas na Lei n. 9.279/1996, conforme previsto em seu art. 94.

São considerados modelos industriais os moldes, as formas, os padrões, os relevos e demais objetos que sirvam de título na fabricação de um produto industrial, definindo-lhe a forma, as dimensões, a estrutura ou a ornamentação. Consideram-se desenhos industriais as figuras, pinturas, fotografias, gravuras ou qualquer combinação de linhas ou cores, aplicadas com fim comercial à ornamentação de um produto, por qualquer processo manual, mecânico ou químico<sup>58</sup>. A Lei n. 9.279/1996 considerou como desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial (art. 95).

São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais (art. 122, Lei n. 9.279/1996).

Diz-se marca um sinal ou conjunto de sinais nominativos, figurativos ou emblemáticos que, aplicados por qualquer forma a um produto ou a seu invólucro, o fazem distinguir de outros idênticos ou semelhantes. Marca industrial é aquela com que o industrial, o agricultor ou o artífice assinalam os seus produtos; e marca comercial aquela com que o comerciante assinala os produtos do seu comércio, ainda que seja outro o produtor<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 87.

<sup>59</sup> Cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 88.

Para os efeitos da Lei n. 9.279/1996, considera-se marca de produto ou serviço aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa (art. 123, inc. I); marca de certificação aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada (inc. II); marca coletiva aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade (inc. III). São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais (art. 122).

À marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade, nos termos da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil. Semelhante proteção é aplicada às marcas de serviço (arts. 125, 126 e §1º).

Os produtores, industriais e comerciantes têm o direito de adotar o nome e a insígnia para designar ou tornar o seu estabelecimento conhecido. Considera-se insígnia do estabelecimento qualquer sinal externo composto de figuras ou desenhos, contanto que, no conjunto, constituam elemento distintivo e característico. O nome e a insígnia de um estabelecimento diferem da marca registrada, já que esta última serve para distinguir os produtos, enquanto as primeiras individualizam o estabelecimento; são apostos em tabuletas, bandeiras, fachadas e nos papéis de correspondência e propaganda<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 91.

A Lei n. 9.610, de 19-2-1998, regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta determinação os direitos de autor e os que lhe são conexos. A proteção dos direitos de que trata essa Lei independe de registro. Contudo, facultou-se ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no *caput* e no § 1º do art. 17 da Lei n. 5.988, de 14 de dezembro de 1973<sup>61</sup>.

Explica Pontes de Miranda<sup>62</sup> que a obra científica, artística ou literária dá ensejo a diferentes direitos, o primeiro dos quais é o direito autoral da personalidade, que é o direito de identificação da obra, intransferível, porque está ligado à verdade e à liberdade exercida; o direito (autoral) de ligar o nome à obra; o direito autoral de reprodução (direito de edição).

São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas e dramático-musicais; as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; as composições musicais, tenham ou não letra; as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia, e arte cinética; as

---

<sup>61</sup> O art. 17 da Lei n. 5.988, de 14-12-1973, estabelece que: "Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia". De acordo com seu § 1º, "Se a obra for de natureza que comporte registro em mais de um desses órgãos, deverá ser registrada naquele com que tiver maior afinidade". Já o § 2º prevê que: "O Poder Executivo, mediante Decreto, poderá, a qualquer tempo, reorganizar os serviços de registro, conferindo a outros Órgãos as atribuições a que se refere este artigo". E o § 3º dispõe que: "Não se enquadrando a obra nas entidades nomeadas neste artigo, o registro poderá ser feito no Conselho Nacional de Direito Autoral". O registro da obra intelectual e seu respectivo traslado serão gratuitos (art. 19). Salvo prova em contrário, é autor aquele em cujo nome foi registrada a obra intelectual, ou conste do pedido de licenciamento para a obra de engenharia, ou arquitetura (art. 20).

<sup>62</sup> *In Tratado de Direito Privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, t. 16, p. 8.

ilustrações, carta geográficas e outras obras da mesma natureza; os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; os programas de computador; as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual (Lei n. 9.610/1998, art. 7º, incs. I a XIII).

No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial (§ 3º, art. 7º, Lei 9.610/1998).

Não são objeto de proteção como direitos autorais: as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; as informações de uso comum, tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; os nomes e títulos isolados; o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras (art. 8º, incs. I a VII, Lei 9.610/1998).

Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos na Lei n. 9.610/1998 (art. 11, parágrafo único). Os

estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil. Aplica-se o disposto nessa Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes (art. 2º e parágrafo único).

É titular de direito de autor quem adapta, traduz, arranja ou orchestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia sua (art. 14, Lei n. 9.610/1998).

A co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada (art. 15, Lei n. 9.610/1998). São co-autores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor. Consideram-se co-autores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual (art. 16 e parágrafo único).

É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas, cabendo ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva (art. 17 e § 2º, Lei n. 9.610/1998).

Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra criada (art. 22, Lei n. 9.610/1998). Os co-autores das obra intelectual exercerão, de comum acordo, os seus direitos, salvo convenção em contrário (art. 23).

São direitos morais do autor: o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional

indicado ou anunciado como sendo o do autor, na utilização de sua obra; o de conservar a obra inédita; o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; o de ter acesso a exemplar único e raro, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado (art. 24, incs. I a VII, Lei n. 9.610/1998). Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis (art. 27).

Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica (art. 28, Lei n. 9.610/1998). Quando uma obra feita em regime de co-autoria não for divisível, nenhum dos co-autores, sob pena de responder por perdas e danos, poderá, sem consentimento dos demais, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo na coleção de suas obras completas, entretanto havendo divergência, os co-autores decidirão por maioria (art. 32 e § 1º).

Segundo Pontes de Miranda<sup>63</sup>, o direito autoral de exploração é o direito, real e transmissível, que tem o autor de explorar o que criou. Pode sofrer limitações legais, devido ao interesse da comunidade. É direito dominical: ou se aliena totalmente, ou se transfere algum dos seus elementos suscetíveis de aparição como direitos reais limitados (direito de representação teatral, direito

---

<sup>63</sup> Op. cit., p. 65.

de representação cinematográfica, direito de edição, direito de explorar em exposições).

O direito de utilização econômica dos escritos publicados pela imprensa, diária ou periódica, com exceção dos assinados ou que apresentem sinal de reserva, pertence ao editor, salvo convenção em contrário (art. 36). Tratando-se de obra anônima ou pseudônima, caberá a quem publicá-la o exercício dos direitos patrimoniais do autor (art. 40).

Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil (art. 41). O mesmo prazo de proteção se aplica aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, devendo ser contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação (art. 43). Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes (art. 42).

O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação (art. 44).

Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor (art. 33).

Decorrido o prazo de proteção aos direitos patrimoniais a obra passa a pertencer ao domínio público. Também pertencem ao domínio

público as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores e as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais (art. 45, incs. I e II).

Nos termos do § 2º do art. 24 da Lei 9.610, de 19-2-1998, compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

Os programas de computador, como bens jurídicos imateriais, devem ser enquadrados em um dos ramos dos direitos intelectuais, ou seja, a proteção pelos direitos autorais ou a proteção pela propriedade industrial. Existe divergência doutrinária quanto à natureza jurídica do *software stricto sensu*, apesar de prevalecer a caracterização do programa de computador no rol das obras literárias, incluindo-o no regime jurídico de proteção aos direitos autorais<sup>64</sup>.

A Convenção de Berna, realizada em 9-9-1986, e revista em Paris, em 24-7-1971, foi promulgada no território nacional pelo Decreto n. 75.699, de 6-5-1975. As disposições ali previstas fixam as regras mínimas de proteção aos direitos autorais, não podendo as legislações internas conferir proteção inferior à conferida pela Convenção.

---

<sup>64</sup> Cf. Leonardo Macedo Poli informa ser grande o número de juristas que defendem a concessão da proteção autoral ao programa de computador, classificando-o como obra literária, conforme o art. 2º da Convenção de Berna. Mas, apesar de a concessão de proteção jurídica pelo regime protetivo autoral ter sido acatada pela grande maioria das legislações, e seguida também pelo entendimento doutrinário dominante, registra ser ela alvo de controvérsias tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial. Conclui que as características do programa de computador, e, conseqüentemente, do direito intelectual que sobre ele recai, não se ajustam ao regime protetivo dos direitos autorais. Seu enquadramento jurídico deveria estar no regime protetivo da propriedade industrial, e não no regime protetivo do direito autoral, já que o programa de computador nada mais é que uma invenção de processo; é o método operacional do computador. Reconhece que a pressão internacional obteve papel de destaque no enquadramento do programa de computador na categoria de obras literárias, já que é conveniente para a lucratividade da indústria do *software* que o programa de computador seja protegido como obra autoral. *In Direitos de autor e software*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 26-27 e 33-36.



Em 30 de dezembro de 1994, foi recepcionado pelo Decreto n. 1.335 o Acordo sobre a Propriedade Industrial (TRIPS/APIRC), visando, em linhas gerais, à internacionalização das medidas e procedimentos relativos à propriedade intelectual, a fim de reduzir as distorções que poderiam configurar obstáculo ao comércio internacional. O Acordo TRIPS incluiu o programa de computador entre as obras literárias e artísticas. Apesar de não ter conferido ao programa de computador a natureza de obra literária, determinou que lhe fosse dada a mesma proteção<sup>65</sup>.

A Lei n. 9.610/1998, Lei de direitos autorais, dispôs que os programas de computador são objeto de legislação específica, contudo as disposições ali contidas que lhes sejam aplicáveis devem ser observadas (§ 1º art. 7º). O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto na Lei n. 9.609, de 19-2-1998, Lei do *Software*, que dispôs sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País.

A Lei do *Software* define, em seu art. 1º, o programa de computador como a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

---

<sup>65</sup> Cf. Di Blasi. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n. 9.279, de 14-5-1996*, p. 232. *Apud* Leonardo Macedo Poli, *op. cit.*, p. 35.

Leonardo Macedo Poli<sup>66</sup> afirma que o legislador brasileiro, ao definir o programa de computador como expressão de um conjunto organizado de instruções, não observou a diferenciação técnica entre o programa e a sua descrição. O que foi definido foi a descrição do programa, e não o programa em si, que é o objeto da tutela legal.

Argumenta o mencionado autor que, tecnicamente, a definição é incorreta. O *software lato sensu* é o conjunto de três elementos distintos, o programa de computador, a descrição do programa e o material de apoio. O conteúdo verdadeiro do art. 1º da Lei n. 9.609/98 é a proteção do programa de computador, que, por sua natureza jurídica não se amoldar ao regime protetivo autoral, exigindo a observância de certas peculiaridades, reclama aplicação de lei específica. Por sua vez, a descrição do programa e o material de apoio se inserem na categoria das obras protegidas pelo Direito Autoral tradicional, já que são obras científicas expressas em linguagem humana e destinadas à sua informação ou auxílio, respectivamente, não reclamando, portanto, a aplicação de lei específica<sup>67</sup>.

Esclarece Macedo Poli<sup>68</sup>, citando definição de Norton, que o programa de computador é um conjunto específico de instruções eletrônicas que determina as tarefas que o computador deve executar. Em relação ao sistema informático, aduz que:

O sistema informático, também definido como computador *lato sensu*, é o conjunto composto por uma parte física e uma parte intelectual. A parte física (unidade central e periféricas) é internacionalmente denominada, na linguagem da informática, de *hardware*, podendo ser definido como o conjunto dos elementos materiais que formam o sistema informático. É, portanto, um bem

---

<sup>66</sup> Op. cit., p. 13.

<sup>67</sup> Op. cit., p. 50-51.

<sup>68</sup> Op. cit., p. 7-12.

material, sendo também denominado de computador *stricto sensu*. Esse conjunto físico é o responsável pelo processamento e pelo armazenamento dos dados que lhe são fornecidos. A função do corpo físico do sistema informático é, portanto, estritamente utilitária, sendo amparado juridicamente pela proteção à propriedade industrial. Atualmente, a legislação incidente sobre o *hardware* é o Código de Propriedade Industrial, Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. A parte intelectual do sistema informático é internacionalmente conhecida como *software* e funciona como um conjunto de instruções dado ao computador (sentido estrito) para que ele efetue o processamento e o armazenamento desses dados de uma forma determinada. É o *software* que fornece ao computador os comandos necessários à realização das mais diversas tarefas. Sem o programa, o computador, em sentido amplo, nada faria, seria apenas uma caixa de metal e plástico. Os programas de computador assumem vital importância no atual mercado da informática.[...] O *software*, quanto à sua destinação, pode ser dividido em duas categorias, os aplicativos e os básicos. O *software* básico é, normalmente, distribuído junto com o *hardware*. Isso porque ele tem função operacional, determinando ao computador como devem ser processadas as informações contidas nos vários programas aplicativos. O *software* aplicativo, por sua vez, fornece à máquina as informações que, devidamente processadas da forma determinada pelo programa básico, servirão para executar as tarefas específicas requeridas pelo usuário.[...] O programa de computador é, portanto, o conjunto de instruções que dirige o funcionamento da máquina.

Tarcísio Queiroz Cerqueira<sup>69</sup> informa que, para a União Européia, desde 1988, programa de computador é um conjunto de instruções cujo propósito é fazer um aparelho de processamento de informação, ou seja, um computador, processar suas funções. Na definição norte-americana, programa de computador é um conjunto de comandos a serem utilizados direta ou indiretamente em um computador de forma a produzir um certo resultado. Conclui que o programa de computador é um conjunto de instruções que faz uma máquina trabalhar para fins determinados.

A titularidade dos direitos intelectuais sobre o programa de computador é, em regra, do próprio criador do programa. Entretanto a Lei n. 9.609/1998, no seu art. 4º, estabeleceu que, salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão

---

<sup>69</sup> A lei do software: Lei n. 9.609, de 19-2-1998. Disponível em <[http://www.tarcisio.adv.br/novo/index.php?pagina=materal.php&pagina2=curso/a-10lei\\_sw.htm](http://www.tarcisio.adv.br/novo/index.php?pagina=materal.php&pagina2=curso/a-10lei_sw.htm)>. Acesso em 6-9-2006.

público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos<sup>70</sup>.

A compensação do trabalho ou serviço prestado, nesses casos, limitar-se-á à remuneração ou ao salário convencionado, conforme previsto no art. 4º e seu § 1º da Lei 9.609/1998.

Por outro lado, pertencerão, com exclusividade, ao empregado, contratado de serviço ou servidor os direitos concernentes a programa de computador gerado sem relação com o contrato de trabalho, prestação de serviços ou vínculo estatutário, e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, do contratante de serviços ou órgão público (§ 2º art. 4º).

Na observação de Leonardo Macedo Poli<sup>71</sup>, a norma legal valorizou, não o criador do programa, mas aquele que financiou sua produção, conferindo-lhe a titularidade do aspecto patrimonial do direito, e, conseqüentemente, os lucros obtidos com a sua comercialização.

Aos estrangeiros domiciliados no exterior foram assegurados os direitos atribuídos pela Lei do *Software*, desde que o país de origem do

---

<sup>70</sup> Esse mesmo tratamento será aplicado nos casos em que o programa de computador for desenvolvido por bolsistas, estagiários e assemelhados, conforme previsto no § 3º do art. 4º da Lei n. 9.609/1998.

<sup>71</sup> Op. cit., p. 59.

programa conceda, aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, direitos equivalentes (§ 4º art. 2º).

Os direitos sobre as derivações autorizadas pelo titular dos direitos de programa de computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, salvo estipulação contratual em contrário (art. 5º).

Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador: a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda; a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos; a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão; a integração de um programa, mantendo-se características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu (art. 6º).

O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença. Na hipótese de eventual inexistência desse contrato, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso (art. 9º e parágrafo único).

Para Tarcisio Queiroz Siqueira<sup>72</sup> o cessionário e/ou licenciado de *software* são titulares de direitos reais sobre coisas alheias, nos termos instituídos pelo Código Civil (de 1916), em seu art. 674, III e IV, e assemelham-se ao usufrutuário (art. 713) e ao usuário (art. 742).

Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador, que prejudique a sua honra ou a sua reputação (§ 1º art. 2º)<sup>73</sup>.

Foi assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação (§ 2º art. 2º).

Ressalta Leonardo Macedo Poli<sup>74</sup> que o § 2º do art. 2º da Lei n. 9.609/1998 não observou a regra mínima fixada pela Convenção de Berna que, em seu art. 7º, 1, dispõe que o prazo mínimo de duração da proteção é de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor. A Lei do *Software* adotou a exceção prevista na Convenção que prevê que, quanto às obras anônimas ou pseudônimas, a duração da proteção concedida expira cinquenta anos após a obra ter-se tornado licitamente acessível ao público.

A proteção dos direitos da propriedade intelectual de programa de computador independe de registro. Mesmo assim, os programas de

---

<sup>72</sup> Op. cit., p. 8.

<sup>73</sup> Para Tarcisio Queiroz Cerqueira os direitos morais estabelecidos no art. 24 da Lei dos Direitos Autorais não se aplicam ao *software* sob pena de inviabilizar sua livre produção e seu livre comércio. Op. cit., p. 10.

<sup>74</sup> Op. cit., p. 55.

computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia (§ 3º do art. 2º c/c art. 3º da Lei n. 9.609/1998).

O Decreto n. 2.556, de 20-4-1998, regulamentou o registro de programas, estabelecendo que ele pode ser feito no INPI, que possui um departamento especializado em registros de programas de computador.

Acrescenta Leonardo Macedo Poli<sup>75</sup> que a Convenção de Berna assegura ao autor não só o gozo, como também o exercício do direito, independente de qualquer formalidade (art. 5º, 2), mas, mesmo assim, o titular dos direitos intelectuais sobre o programa de computador pode registrá-lo.

Quanto às ações representativas de uma sociedade anônima, diz Fábio Ulhoa Coelho<sup>76</sup> ser o valor mobiliário representativo de uma parcela do capital social da sociedade anônima emissora que atribui ao seu titular a condição de sócio desta.

A Lei n. 6.385, de 7-12-1976, que criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), considera ações com valores mobiliários (art. 2º, II). Diante disso, mostra-se desnecessário discorrer sobre a natureza jurídica das ações e, conseqüentemente, sobre a discussão a respeito de serem elas consideradas títulos de crédito ou não, pois as ações são reputadas como bens móveis, quer sejam conceituadas como um título de crédito ou simplesmente como valores mobiliários, uma vez que as ações se corporificam por meio de um

---

<sup>75</sup> Op. cit., p. 56.

<sup>76</sup> *Curso de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 82.

documento chamado certificado, emitido pela companhia ou sociedade, que é o instrumento representativo dos direitos do acionista. A única exceção a essa regra se refere às ações escriturais, que não podem incorporar-se em um certificado, não se enquadram na denominação genérica de "valores mobiliários" e não se caracterizam como bens móveis.

Assim, com exceção das escriturais, as demais ações das sociedades anônimas são consideradas bens móveis. Sua transferência de um acionista a outro não afeta o patrimônio imobiliário social, que continua pertencendo à entidade jurídica, civil ou comercial (empresarial). Não há transferência de direitos reais em condições de ser submetida à formalidade necessária da transcrição geral<sup>77</sup>.

#### **1.1.1.2 - Fungíveis e Consumíveis**

Os bens que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, são considerados fungíveis (lenha, peças de máquinas, dinheiro etc.). E infungíveis, os bens que, por sua natureza ou qualidade individual, não podem ser substituídos, sem que isso altere seu conteúdo, como, por exemplo, determinada obra de arte criada por certo artista, ou um touro reprodutor, campeão em várias exposições agropecuárias.

Para o Supremo Tribunal Federal, fungíveis são as coisas que se contam, se medem ou se pesam, e não se consideram objetivamente como individualidades. Infungíveis são as coisas que, em determinada relação jurídica, são consideradas tendo em vista sua específica individualidade<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho, op. cit., p. 82.

<sup>78</sup> RT 806/116.



Como bem adverte Caio Mário<sup>79</sup>, a fungibilidade é própria dos móveis, porque normalmente são eles suscetíveis de se caracterizarem pela quantidade, pelo peso ou pela medida, razão pela qual o Código Civil, em seu art. 85, da mesma forma que o Código alemão, restringe essa definição aos bens móveis.

Pela vontade das partes, pode ocorrer de um bem, que por natureza seja fungível, vir a ser considerado infungível. A doutrina<sup>80</sup> apresenta como exemplo o caso de empréstimo gratuito de cesta de frutas, flores, garrafas de vinhos ou moedas para exposição ou ornamentação, com a obrigação de serem restituídos, sem que possam ser substituídos por outros da mesma espécie. Entretanto a vontade das partes não pode tornar fungíveis bens infungíveis, por faltar praticidade material<sup>81</sup>.

Em regra, a fungibilidade é típica dos móveis, constituindo os imóveis bens infungíveis. Todavia, com o desenvolvimento dos negócios imobiliários, vêm sendo constatadas algumas situações especiais, aplicando-se a idéia de fungibilidade aos imóveis, hipótese que pode ocorrer, por exemplo, quando há vários proprietários comuns de um loteamento que ajustam partilhar entre si os lotes ao desfazerem a sociedade. Retirando-se um sócio, seu pagamento dar-se-á em certa quantidade de lotes, que são havidos como bens fungíveis, até o momento da lavratura do instrumento, já que o sócio não é credor de corpo certo, mas de coisas determinadas tão-somente pelo gênero, pela qualidade e pela quantidade<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Op. cit., p. 426.

<sup>80</sup> Cf. Maria Helena Diniz, op. cit., p. 323, e Gagliano e Pamplona Filho, op. cit., p. 291, Caio Mário, op. cit., p. 427.

<sup>81</sup> Cf. Venosa, op. cit., p. 340.

<sup>82</sup> Nesse sentido Caio Mário da Silva Pereira. Ele acrescenta que, por extensão, leva-se a idéia de fungibilidade ou infungibilidade às prestações das obrigações de fazer, dizendo-se que é fungível o serviço que pode ser prestado por outrem, que não o devedor, e infungível o que, em caso de inadimplemento, não pode ser mandado executar por ninguém mais, a expensas do devedor. Op. cit., p. 427.

O art. 86 do Código Civil define como bens consumíveis os móveis cujo uso importa em destruição imediata da própria substância ou os destinados à alienação.

Portanto, os bens que se extinguem com um único uso, ou seja, que desaparecem imediatamente com o seu uso, são tidos como consumíveis, tais como os alimentos, o dinheiro. Já os bens inconsumíveis são aqueles que podem ser usados reiterada e continuamente, sem que isso atinja sua integridade física, sua substância, salvo o desgaste normal por seu uso.

Ainda, consideram-se juridicamente consumíveis os bens que não são destruídos pelo uso, mas cuja utilização não pode ser renovada, porque implica sua alienação (art. 86 do Código Civil). A consumibilidade jurídica pode abranger bens materialmente consumíveis (p. ex., os víveres nos armazéns, que são destinados à venda), ou bens que são materialmente consumíveis (p. ex., os livros em uma livraria, que não se destroem pelo uso natural)<sup>83</sup>.

Assim, além dos bens consumíveis por sua própria natureza, que desaparecem com o primeiro uso, os bens destinados à alienação são também classificados pela lei como sendo consumíveis. Portanto, bens não consumíveis podem tornar-se consumíveis se destinados à alienação. O livro é um bem não consumível para o leitor, mas consumível para o livreiro, já que quando vendido não mais integrará seu acervo. O mesmo se dá com o automóvel em relação à concessionária, o aparelho celular para a loja comercial, etc.

---

<sup>83</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p.428-429.

Acrescenta Caio Mário<sup>84</sup> que a vontade das partes pode tornar não consumíveis coisas naturalmente consumíveis, como se dá com o comerciante que empresta a outro gêneros mercantis apenas para que sejam expostos, que deverão ser devolvidos individualmente, razão pela qual não podem ser considerados consumíveis até a sua devolução.

Adverte, ainda, que não devem ser confundidos os conceitos de bens fungíveis e bens consumíveis, apesar de que, normalmente, as coisas materialmente consumíveis são também fungíveis. Todavia pode haver coisa consumível, mas não fungível. Isso porque a consumibilidade é um atributo da própria coisa, independente de qualquer idéia de relação; já a fungibilidade implica sempre uma comparação de que resultará a possibilidade de sua substituição por outra, respeitada a identidade de gênero, qualidade e quantidade<sup>85</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor, ao dispor sobre o prazo decadencial para o ajuizamento de ações referentes a vícios no produto ou serviço (art. 26, incs. I e II), classifica os bens em duráveis e não duráveis.

Zelmo Denari<sup>86</sup> ressalta que

A qualificação dos bens ou serviços como de consumo duráveis ou não duráveis envolve a sua maior ou menor durabilidade, mensurada em termos de tempo de consumo. Assim, os produtos alimentares, de vestuário e os serviços de dedetização, por exemplo, não são duráveis, ao passo que os eletrodomésticos, veículos automotores e os serviços de construção civil são duráveis.

---

<sup>84</sup> Idem, p. 429.

<sup>85</sup> Exemplificando que o livreiro que expõe à venda os manuscritos de uma obra de autor reputado oferece uma coisa consumível, mas infungível, por ser a única do seu gênero, op. cit., p. 429.

<sup>86</sup> *In Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 119-120.

### 1.1.1.3 - Divisíveis e Indivisíveis

Por bens divisíveis deve-se entender aqueles que podem ser fracionados, sem que haja alteração em sua substância, ou diminuição considerável do seu valor, ou, ainda, prejuízo do uso a que se destinam (art. 87 do Código Civil).

Esclarece a doutrina que todo corpo é suscetível de divisão, mas que, para a ciência jurídica, a divisibilidade deve significar respeito às qualidades essenciais do todo, não podendo suas frações perder o conteúdo econômico<sup>87</sup>; nos bens divisíveis, cada segmento repartido mantém as mesmas qualidades<sup>88</sup>; cada parte deve ser autônoma, tendo a mesma espécie e qualidade do todo dividido, prestando a ele as mesmas utilidades e serviços<sup>89</sup>; podem dividir-se de modo que as partes singulares resultantes da divisão tenham a mesma função que o todo; e, portanto, entre as partes e o todo haja diferença de quantidade, mais que de qualidade<sup>90</sup>.

Por outro lado, os bens podem ser indivisíveis em decorrência da própria natureza, ou seja, não podem ser repartidos sem que isso acarrete alteração de sua substância, ou prejuízos a seu uso, ou relevante diminuição de seu valor. Assim, um animal vivo não pode ser dividido em dois; uma tela de pintura não pode ser dividida, um forno também não.

Já se decidiu que "Conceito de indivisibilidade. Deve-se atender à vontade das partes, à natureza, à índole do objeto ou da prestação. O conceito é relativo pois está em função da propriedade, da sua natureza, da sua

---

<sup>87</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 430.

<sup>88</sup> Venosa, op. cit., p. 343.

<sup>89</sup> Maria Helena Diniz, op. cit., p. 325.

<sup>90</sup> Rafael de Pina, citando Biondi, op. cit., p. 37.

utilização econômica etc. Em uma propriedade agrícola, por exemplo, a alienação de uma parte pode fazer perecer a própria vida econômica, o mesmo acontecendo em propriedade pastoril cujo valor muitas vezes está na dependência de sua extensão territorial"<sup>91</sup>.

A indivisibilidade pode decorrer da lei, quando, por exemplo, estabelece que o imóvel rural não é divisível em glebas de dimensão inferior à constitutiva do módulo rural (Lei n. 4.504/1964, art. 65)<sup>92</sup>; ou quando estabelece que as servidões prediais são indivisíveis (art. 1.386 do Código Civil).

A herança, antes da partilha, é indivisível por determinação legal, estabelecendo o art. 1.791 do Código Civil que a herança se defere como um "todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros", permanecendo a indivisibilidade até a partilha (parágrafo único, art. 1.791, CC)<sup>93</sup>.

Ressalta Caio Mário<sup>94</sup> que, de regra, a divisibilidade é própria dos bens corpóreos, mas o direito estende a idéia aos incorpóreos, admitindo que haja obrigações divisíveis e indivisíveis (Código Civil, art. 257). Exemplo é a hipoteca, direito real sobre coisa alheia, bem incorpóreo a que a lei atribui a condição da indivisibilidade (Código Civil, art. 1.420, § 2º).

Também a vontade das partes pode acarretar a indivisibilidade do bem, quando, por exemplo, o credor estipula ser a dívida indivisível, hipótese em que poderá exigi-la por inteiro de cada um dos devedores (v. art. 314 do Código Civil).

---

<sup>91</sup> RT 185/993.

<sup>92</sup> Todavia, já decidiu o STJ que "Não afronta o Estatuto da Terra a venda de partes em imóveis, que não alcancem o módulo regional, se a alienação é feita para o confrontante, incorrendo assim o surgimento de minifúndio", 3ª Sec., REsp 265132-GO., rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 20-9-2004, v.u., DJ 22-11-2004, p. 330.

<sup>93</sup> Nesse sentido Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 211.

<sup>94</sup> Op. cit., p. 432.

#### 1.1.1.4 - Singulares e Coletivos

Bens singulares são aqueles que, embora reunidos, se consideram de *per si*, independentemente dos demais (art. 89 do Código Civil), ou seja, são os bens que existem por si sós, independentemente de eventual reunião com outros bens. Eles podem ser singulares simples, quando constituídos por um todo único, cujas partes integrantes não conservem sua função anterior (*ex. vi.*, um animal, uma planta); ou singulares compostos, quando constituídos por outros bens, que, embora unidos em um só todo, não perdem sua condição jurídica anterior (*ex. vi.*, um navio, um computador).

As coisas singulares podem também ser coletivas, considerando-se bens coletivos aqueles que integram o todo, ainda que possam ser visualizados independentemente. A coletividade persiste até o desaparecimento de todos os bens que a integram, com exceção de um<sup>95</sup>. Extingue-se também a coletividade por ato de vontade do titular, seja quando separa os bens, seja quando, conservando-os reunidos, retira-lhes a destinação comum<sup>96</sup>.

Daí dizer Caio Mário<sup>97</sup> que uma árvore é uma coisa simples, um navio uma coisa composta, mas uma e outro são coisas singulares. Já uma floresta ou uma frota, como um agregado no seu conjunto, são coisas coletivas, denominadas pelos glosadores de universalidades de fato (aquelas que se compõem de coisas corpóreas) e as universalidades de direito (que se formam de coisas e direitos).

---

<sup>95</sup> Roberto Senise Lisboa, in *Manual de Direito civil: teoria geral do direito civil*. 3. ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 435-436.

<sup>96</sup> Nesse sentido Caio Mário, op. cit., p. 433.

<sup>97</sup> Idem, ibidem.

Para Rafael de Pina<sup>98</sup>, os bens compostos são criação do homem e se encontram constituídos pela reunião ou agregação de diversas partes que constituem um todo. Cita que Biondi estendia a noção de coisa composta às coisas incorpóreas, exemplificando que aquela obra do intelecto, em que hajam colaborado várias pessoas, enquanto a parte de cada um não possa ser individualizada, não pode ser considerada composta; porém quando uma obra literária ou artística resulta de partes singulares bem individualizadas, formando seu conjunto um todo unitário, pode-se perfeitamente considerá-la como composta, semelhante às coisas compostas corpóreas.

Para o Código Civil vigente, constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária, podendo esses bens ser objeto de relações jurídicas próprias (art. 90 e parágrafo único). E constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico (art. 91). São exemplos da primeira uma frota de ônibus ou de aeronaves; um rebanho; uma biblioteca; e, da segunda, a herança e o patrimônio<sup>99</sup>, ainda que eles não sejam constituídos de objetos materiais.

As universalidades são constituídas por uma pluralidade de coisas, que conservam sua autonomia funcional, mas são unificadas em vista de uma particular valoração, que pode ser feita pelo sujeito ou reconhecida pelo direito<sup>100</sup>. Uma universalidade de fato é o conjunto de bens singulares, corpóreos e homogêneos, ligados entre si pela vontade humana para a consecução de um fim (uma biblioteca, um rebanho, uma galeria de quadros). Já uma universalidade de direito é constituída por bens singulares corpóreos

---

<sup>98</sup> Op. cit., p. 37-38.

<sup>99</sup> Definido por Caio Mário como sendo o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente, op. cit., p. 396.

<sup>100</sup> Cf. Sylvio Marcondes, *apud* Maria Helena Diniz, op. cit., p. 328.

heterogêneos ou incorpóreos, a que a norma jurídica dá unidade, com o intuito de produzir certos efeitos (herança, patrimônio)<sup>101</sup>.

Esclarecem Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>102</sup> que a unificação é dada pela destinação unitária, em vista de uma função comum, daí se falar em função compreensiva, que abrange o conjunto de uma ou mais coisas conexas, consistindo em melhor perseguir a finalidade de cada bem. Citam exemplos típicos, tais como um rebanho de gado, uma biblioteca, uma escuderia de automóveis, que se juntam como complexos autônomos, e exemplos do que não constitui universalidade: as roupas de cama, mesa e banho que guarnecem a casa, por ausência da função compreensiva. Diferenciam a universalidade de fato<sup>103</sup> da universalidade de direito<sup>104</sup>, por compreender essa última também elementos passivos, dela podendo fazer parte bens móveis, imóveis e direitos a eles relativos.

O Superior Tribunal de Justiça, sobre o assunto, já decidiu que as sociedades comerciais são, em última análise, fundos (universalidades corporativas) a que se atribuiu personalidade jurídica. Os sócios de tais universalidades colocam-se, em relação a elas, como titulares de cotas (ou ações), em tudo iguais às parcelas dos trabalhadores no FGTS<sup>105</sup>, e que a

---

<sup>101</sup> Cf. Maria Helena Diniz, op. cit., p. 328-329.

<sup>102</sup> Op. cit., p. 212-213.

<sup>103</sup> Complexo de coisas homogêneas que se apartam da mesma pessoa, sendo que a unificação é dada pela destinação unitária, em vista de uma função comum. Todo elemento conserva a sua essência de coisa simples, podendo ser objeto de atos jurídicos singulares, op. cit., p. 212.

<sup>104</sup> A pluralidade de relações conexas é reduzida à unidade por determinação da lei, sem que haja um nexo econômico e sem a necessidade de uma agregação material entre os seus elementos heterogêneos. A relação de coesão é criada pela lei que tem em conta a finalidade a atingir ou a origem particular de um complexo de bens considerado em sua unidade. Pela sua unidade, pode ser objeto de uma única contratação com efeito a todos os elementos ativos e passivos, op. cit., p. 213.

<sup>105</sup> 1ª Seç., EmbDivREsp 286020-SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 9-5-2002, v.u., DJU 1-7-2002, p. 2055.



herança é uma universalidade (CC/1916 57), que não se confunde com o direito do co-titular do patrimônio comum<sup>106</sup>.

#### **1.1.1.5 - Principais e Acessórios**

O legislador civilista, após classificar os bens considerando-os em si mesmos, apresenta classificação na qual considera a relação jurídica existente entre o bem principal e o acessório. Em seu art. 92, define como sendo principal o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; e, como acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.

Bens principais são aqueles que independem de outros ou são autônomos em relação a qualquer outro. São bens que existem abstrata ou concretamente sobre si próprios. Bens acessórios são aqueles que dependem da existência de outro bem, sob pena de deixarem de existir<sup>107</sup>, ou aqueles cuja existência jurídica esteja na dependência do principal, apesar de não chegar a integrá-lo em uma unidade indissociável<sup>108</sup>.

De acordo com o processo de ligação ao bem principal, os acessórios podem ser: naturais, que são aqueles que aderem ao principal, sem a intervenção do homem, como os frutos de uma árvore; industriais, que são derivados da intervenção humana, tais como as construções; e, civis que são os resultantes de uma relação de direito, como o aluguel em relação ao imóvel.

---

<sup>106</sup> 3ª T., REsp 93456-PE, rel. Min. Ari Pargendler, j. 27-4-2000, v.u., 4-9-2000, p. 147.

<sup>107</sup> Cf. Senise Lisboa, op. cit., p. 441.

<sup>108</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 436.

Para Senise Lisboa<sup>109</sup>, o fruto natural é aquele gerado pelo próprio bem principal, como os que resultam de corpo orgânico (p. ex., cria de animais, café produzido pelo cafezal); o fruto industrial é o que provém de um bem mediante a atividade intelectual humana (p. ex., produtos manufaturados); e o fruto civil é o benefício que se obtém de um bem principal utilizado por uma pessoa (p. ex., renda, aluguel).

Caio Mário<sup>110</sup> define como sendo bens acessórios naturais os que se aderem espontaneamente ao principal pela força orgânica ou pelo fenômeno físico, sem a intervenção do engenho humano (p. ex., os frutos da árvore ou as ilhas formadas nos rios) ; acessórios industriais, os que nascem do esforço humano (p. ex., a casa em relação ao terreno); e acessórios civis, os resultantes de uma relação abstrata de direito, e não de uma vinculação material (p. ex., o juro em relação ao capital).

Entre os bens acessórios destacam-se os frutos, as pertenças, as benfeitorias e os produtos.

Os frutos são as utilidades que a coisa periodicamente produz, sem desfalque de sua substância<sup>111</sup>, consistindo a periodicidade de seu surgimento, o elemento fundamental de sua caracterização<sup>112</sup>.

Mesmo após colhidos, os frutos não diminuem o valor ou a utilidade dos bens principais, ao contrário dos produtos, espécies de bens acessórios, que, caso sejam retirados do bem principal, alteram sua substância, já que não são produzidos periodicamente.

---

<sup>109</sup> Idem, p. 442-443.

<sup>110</sup> Op. cit., p. 437.

<sup>111</sup> Cf. Clóvis Beviláqua *apud* Caio Mário, op. cit., p. 439.

<sup>112</sup> Nesse sentido Caio Mário, p. 439.

Para Caio Mário<sup>113</sup>, devem ser distinguidos os frutos dos produtos, apontando como elemento diferenciador a presença ou ausência da periodicidade da reprodução. Daí que, enquanto os frutos nascem e renascem periodicamente do bem sem desfaltar a sua substância (*ex. vi.*, os frutos das árvores, que renascem periodicamente), os produtos dele são retirados ao mesmo passo que diminuem de quantidade (*ex. vi.*, o mineral extraído de uma jazida)

Levando-se em consideração a natureza dos frutos, eles podem ser naturais, ou seja, aqueles que são gerados pela próprio bem principal, sem a intervenção do homem, ainda que ele concorra com processos técnicos para melhoria de sua qualidade ou de sua produção<sup>114</sup>; industriais, que são aqueles que provêm da coisa, mas decorrem da intervenção do trabalho humano; civis, que são os rendimentos e benefícios que alguém tira de um bem que é utilizado por outrem.

Em função de sua ligação com o bem principal, os frutos podem ser pendentes; percebidos ou colhidos; estandes e percipiendos. Os frutos são pendentes, enquanto se encontram unidos, ligados, ao bem que os produziu; percebidos ou colhidos, depois que são daquele separados, mas ainda existentes; percipiendos, os que deveriam ter sido, mas não foram percebidos. E consumidos, aqueles que não existem mais, por terem sido utilizados.

Considerando o seu estado, os frutos podem ser classificados em estantes, isso é, aqueles que, depois de separados, ainda se encontram armazenados ou acondicionados para venda; e consumidos, que são aqueles que não mais existem, seja porque lhes foi dado destino normal, seja por terem perecido.

---

<sup>113</sup> Op. cit., p. 440-441.

<sup>114</sup> Nesse sentido Caio Mário, op. cit., p. 439.

O art. 95 do Código Civil estabelece que, apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico. Assim, a safra pode ser negociada antes da colheita, os metais preciosos de uma mina antes da extração.

Ao tratar da propriedade, Título III, a lei civil, em seu art. 1.232, estabeleceu que os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, a seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem<sup>115</sup>.

Quanto aos bens reciprocamente considerados, deve-se, ainda, observar às pertenças e às partes integrantes.

As partes integrantes constituem partes constitutivas do próprio bem, estando em conexão íntima com ele e compondo sua natureza.

As pertenças são aqueles bens que, não constituindo partes integrantes do bem principal, destinam-se, de modo duradouro, a seu uso, ou ao serviço, ou a seu aformoseamento, ou seja, todo bem destinado a facilitar ou a conservar o uso do bem principal, sem ser parte integrante dele, mas que a ele se subordina econômica e juridicamente, como a moldura de um quadro. A definição legal foi prevista no art. 93 do Código Civil.

Diferenciam-se dos demais acessórios, já que, em regra, as pertenças não seguem a sorte do bem principal, e os negócios jurídicos que o

---

<sup>115</sup> Ao regular a posse, em sua parte especial, o Código Civil, dispôs que o possuidor, enquanto estiver de boa-fé, tem direito aos frutos percebidos. Cessando a boa-fé, os frutos pendentes, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio, e os colhidos com antecipação devem ser restituídos (art. 1.214 e parágrafo único). Os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separados; os civis reputam-se percebidos dia por dia (art. 1.215).

tenham por objeto não as abrangem, salvo disposição legal em contrário, ou manifestação de vontade dos interessados, ou, ainda, das circunstâncias de cada caso, nos termos previstos no art. 94 do Código Civil.

Há nesse dispositivo uma inversão da regra segundo a qual o acessório segue o principal, salvo disposição em contrário. Aqui, é preciso que haja vontade expressa ou tacitamente manifestada, ou disposição de lei, para que as pertenças sigam a sorte da coisa principal. Este é o entendimento estampado em julgado que entendeu que o negócio celebrado acerca de um bem principal só abrange as pertenças se houver manifestação expressa ou tácita das partes ou decorrer de dispositivo de lei<sup>116</sup>.

Observa Venosa<sup>117</sup> que, no caso concreto, haverá de se distinguirem, para efeitos práticos, as pertenças das benfeitorias, já que o legislador, nesse ponto, foi omissivo, e que, sob o vigente conceito, haverá pertenças que objetivamente serão consideradas benfeitorias, exemplificando com a situação de estátuas que adornam a entrada de um prédio. Com fundamento no art. 94 do Código Civil<sup>118</sup>, ressalta que a destinação e seus efeitos poderão variar dependendo da situação e da vontade das partes.

Benfeitorias são espécies de acessórios; consistem em obras edificadas pelo homem, a fim de conservar, melhorar ou embelezar um determinado bem. São necessárias, quando elas visam a conservar ou a evitar a deterioração de um bem (p. ex., reforço da fundação de um prédio). São úteis quando aumentam ou facilitam seu uso (*ex. vi.*, a construção de uma garagem

---

<sup>116</sup> Cf. decisão do 2º TACivSP, 10ª Câmara, AI nº 824.444.0, rel. Juiz Nestor Duarte, j. 5-2-2004, *apud* Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *op. cit.*, p. 214.

<sup>117</sup> *Op. cit.*, p. 349.

<sup>118</sup> Assim dispõe esse artigo: “Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.”

em uma residência; de mais um cômodo). São consideradas voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, mesmo o tornando mais agradável ou de elevado valor (*ex. vi.*, piscina construída em uma residência). Nesses termos é a definição apresentada pelo Código Civil, no seu art. 96 e parágrafos.

Há decisão no sentido de que o conceito jurídico de benfeitorias necessárias circunscreve-se apenas a uma necessidade da própria coisa no que tange a sua conservação. E que aquele que, com evidente má-fé, edifica em terreno alheio não constrói benfeitorias necessárias, mas simples acessões e, em conseqüência, fica sujeito a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos causados ao proprietário<sup>119</sup>.

Para Nelson Rosenvald<sup>120</sup>, tudo o que se incorpora permanentemente à coisa já existente é benfeitoria em sentido lato, daí que os custos de conservação jurídica e física do bem como pagamento de tributos, gastos com processos demarcatórios e divisórios, adubação de terreno e ração para animais são benfeitorias necessárias, entendendo-as como obras ou despesas essenciais à conservação física ou integridade jurídica da coisa. Não considera o autor como sendo benfeitorias os animais e os veículos intencionalmente empregados na exploração industrial, aformoseamento ou comodidade da propriedade, pela sua não-aderência, já que mantêm sua autonomia, não se integrando fisicamente à coisa, sendo passíveis de remoção e alienação destacada, ao contrário das benfeitorias que se incorporam ao bem principal.

---

<sup>119</sup> TJGO, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Homero Sabino de Freitas, ap. civ. nº 30198-8/188, v.u., DJGO 11657, de 16-9-1993, p. 346.

<sup>120</sup> *In Direitos reais*. 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 266.

Não podem as benfeitorias ser confundidas com acessões naturais, porque essas se dão sem a participação do homem (ex., aluvião, avulsão, etc); os acréscimos decorrem de fatos eventuais e fortuitos. Também não se confundem com as acessões industriais artificiais, que criam coisa nova (construções e plantações), já que essas têm disciplina própria e constituem modos de aquisição da propriedade.

Nesse sentido estabelece o art. 97 do Código Civil que não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.

Diferenciando as benfeitorias da acessão, com base em Serpa Lopes, conclui Venosa<sup>121</sup> que nas benfeitorias há convicção de que a coisa acrescida pertence ao mesmo dono ou ao mesmo possuidor; já na acessão, a coisa acrescida pertence a proprietário diverso, não existindo tal convicção.

Também Nelson Rosenvald<sup>122</sup> distingue as benfeitorias das acessões artificiais, afirmando que as primeiras têm cunho complementar, pressupõem obras ou despesas realizadas em virtude da conservação, do embelezamento ou do melhor aproveitamento de coisa já existente, sendo consideradas como bens acessórios; já as acessões são as construções e plantações que têm caráter de novidade, pois não procedem de algo já existente, uma vez que objetivam dar destinação econômica a um bem que até então não tinha repercussão

---

<sup>121</sup> Op. cit., p. 353.

<sup>122</sup> Op. cit., p. 266.

social, sendo, por isso, consideradas modos de aquisição da propriedade<sup>123</sup>.

Já se decidiu que só constituem benfeitorias as obras feitas com um dos fins mencionados na sua definição, isto é, para conservar, melhorar ou embelezar a coisa. Chapas galvanizadas e luminosos colocados na fachada do prédio locado, pelo locatário e a suas expensas, com o intuito de fazer propaganda do seu comércio, não são benfeitorias, mas pertencentes dele mesmo que, não obstante estarem vinculados ao principal por certa dependência, conservam sua individualização e autonomia<sup>124</sup>.

Nos termos do § 2º do art. 1.270 do Código Civil, não são consideradas benfeitorias a pintura em relação à tela, a escultura em relação à matéria-prima, a escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima que os recebe.

Apesar de Nelson Rosenvald<sup>125</sup> afirmar que toda vez que o proprietário fizer obras ou despesas no bem que lhe pertence, estas nunca poderão ser conceituadas como benfeitorias, em nenhuma de suas classes, por inexistirem conseqüências jurídicas nessa atuação, deve ser considerada a hipótese prevista no Decreto-lei nº 3.365/1941, art. 26, que determina que, em havendo desapropriação, as benfeitorias necessárias serão sempre indenizáveis; as benfeitorias voluptuárias não o serão nunca e as benfeitorias úteis serão indenizadas desde que hajam sido autorizadas pelo poder competente.

---

<sup>123</sup> Exemplifica que, enquanto a mudança de um encanamento ou a troca de um telhado apenas atendem a uma necessidade de melhoramento da residência, a construção de um prédio em um terreno até então não aproveitado impõe a própria averbação da construção no registro imobiliário, em virtude de aquisição de propriedade móvel (art. 167, II, nº 4, da Lei nº 6.015/1973).

<sup>124</sup> TJGO, 1ª Câmara Cível, AC 27015-2/188 Rel. Des. Antonio Nery da Silva, , DJGO 11199, de 5-11-1991, p. 174.

<sup>125</sup> Op. cit., p. 265.



Para Clóvis Beviláqua<sup>126</sup>, a benfeitoria deve ser avaliada em função do acréscimo de utilidade ou de valor que tiver trazido à coisa. Também para Senise Lisboa<sup>127</sup>, o valor das benfeitorias deverá ser apurado tendo como base a utilidade obtida com a obra, e não pelo seu preço de custo, podendo seu titular optar por seu valor atual ou de custo.

Estabelece o art. 1.222 do Código Civil que o reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre seu valor atual e seu custo; ao possuidor de boa-fé se indenizará pelo valor atual.

#### **1.1.1.6 - Públicos e Particulares**

Finalmente, o diploma civil classifica os bens tendo por referência o modo pelo qual seus proprietários exercem o domínio sobre eles, dispondo sobre os bens públicos e distinguindo-os dos bens particulares.

Considera como bens públicos os bens do domínio nacional, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; e particulares, todos os outros, independentemente da pessoa à qual pertençam (art. 98 do Código Civil).

Já explicava Clóvis Beviláqua<sup>128</sup> que essa classificação não é feita do ponto de vista dos proprietários, mas do ponto de vista do modo pelo qual se exerce o domínio sobre os bens. Daí que se deve entender por "bens do domínio nacional", expressão adotada no *caput* do art. 98 do Código Civil, não

---

<sup>126</sup> *Teoria Geral*, apud Caio Mário, op. cit., p. 438.

<sup>127</sup> Op. cit., p. 345.

<sup>128</sup> Apud Caio Mário, op. cit., p. 441.

só os bens do domínio da União, mas também os pertencentes aos Estados, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações.

Do disposto decorre que os bens, qualquer que seja sua natureza (móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos, ações), e a qualquer título, que pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios), sejam da Administração descentralizada (autarquias e fundações de direito público), são considerados bens públicos<sup>129</sup>.

Já os bens que pertencem às entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista), que são tidas como entidades administrativas de direito privado, são considerados como bens privados<sup>130</sup>.

A Constituição Federal, em seus arts. 20 e 26, discrimina os bens da União e dos Estados. Nos incisos I a XI do art. 20, enumera os bens que constituem domínio da União. No art. 26, inclui entre os bens dos Estados aqueles arrolados nos incs. I a IV.

Considerando o fim a que se destinam, o Código Civil (art. 99, incs. I a III) classificou os bens públicos em: de uso comum do povo, ou seja, aqueles que podem ser utilizados por todos (rios, mares, estradas, ruas,

---

<sup>129</sup> A doutrina administrativista conceitua bens públicos como sendo todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público(...), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit, p. 844; todas as coisas materiais ou imateriais pertencentes ou não às pessoas jurídicas de Direito Público e as pertencentes a terceiros quando vinculadas à prestação de serviço público, Diógenes Gasparini, in *Direito administrativo*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 737.

<sup>130</sup> Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho, in *Manual de Direito Administrativo*, 11. ed., rev., ampl. e atual. contendo as Emendas Constitucionais n.ºs. 41 e 42, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 909.

praças, praias, etc)<sup>131</sup>; de uso especial, que são aqueles utilizados na prestação dos serviços públicos em geral (hospital, escola) ou utilizados para instalações de órgãos públicos (p. ex.: repartições públicas); bens dominicais, que são aqueles que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades<sup>132</sup>.

Sobre os bens de uso comum do povo, diz Caio Mário<sup>133</sup> que eles são por natureza inalienáveis e imprescritíveis, e, via de regra, sua utilização é permitida ao povo, sem restrições e sem ônus. Mesmo assim, eles não perdem essa natureza nem podem ser excluídos dessa categoria, se os regulamentos administrativos condicionarem sua utilização a certos requisitos ou restringirem seu uso a determinadas condições, ou, ainda, instituírem o pagamento de retribuição (art. 103 do Código Civil). E que ao povo é franqueado seu uso, e não seu domínio, que é da entidade de direito público. Daí que o poder público tem a faculdade de regulamentar sua utilização, ou mesmo suspendê-la temporariamente sob a inspiração de motivos de segurança nacional ou do próprio povo usuário (interdição do porto, barragem do rio, proibição de tráfego etc.).

---

<sup>131</sup> Complementa José dos Santos Carvalho Filho que, nessa categoria de bens, prevalece a destinação pública no sentido de sua utilização efetiva pelos membros da coletividade, e que o fato de servirem a esse fim não retira do Poder Público o direito de regulamentar seu uso, restringindo-o ou, até mesmo impedindo-o, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público, op. cit., p. 911.

<sup>132</sup> São aqueles destituídos de qualquer destinação, prontos para serem utilizados ou alienados, ou, ainda, terem seu uso trespassado a quem por eles se interesse, todavia, como adverte Gasparini, a alienação e o trespasso do uso podem exigir o cumprimento, previamente, de certos requisitos, como avaliação, concorrência e licitação, op. cit., p. 742; Gagliano e Pamplona Filho entendem que são os bens públicos cuja fruição, por título especial, e na forma da lei, é atribuída a determinada pessoa, bem como aqueles utilizados pelo próprio poder Público para a realização dos seus serviços públicos, op. cit., p. 301-302. Para Lúcia Valle Figueiredo, nos bens dominicais estariam compreendidos, residualmente, todos aqueles que não sejam de uso comum do povo, quer por sua própria natureza, quer por sua destinação específica, ou de uso especial, afetados a qualquer serviço público, tais como as terras devolutas, os terrenos da marinha, a dívida ativa etc., sendo regidos pelo regime de Direito Público, *in Curso de Direito Administrativo*, 7. ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 564-565. Entende Caio Mário que estão nessa classe os bens produzidos em estabelecimentos públicos industriais, os terrenos patrimoniais dos Municípios e, em especial, as novas zonas urbanas abertas à expansão cidadina, as terras devolutas etc.

<sup>133</sup> Op. cit., p. 443-444.

Sobre os bens de uso especial, aponta o autor supra que seu regime difere dos demais, por reunir a entidade de direito público à sua titularidade a utilização, o que não a impede de permitir ou não a freqüência ou o ingresso do público nos estabelecimentos dedicados aos serviços públicos, sem que isso desnature a qualidade do bem. Entende que o que é fundamental nessa classificação é a destinação especial que lhes é dada. Assim como os bens de uso comum do povo, eles também são inalienáveis e imprescritíveis. Contudo, quando não mais se prestem à finalidade a que se destinam, pode o poder público proprietário levantar sua condição de inalienabilidade, e expô-los à aquisição, na oportunidade e pela forma que a lei prescrever (v. arts. 134 e ss. do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946)<sup>134</sup>.

Quanto aos bens dominiais, ressalta, ainda, que eles compõem o patrimônio das entidades públicas como objeto de direito pessoal ou real, apresentando regime jurídico semelhante ao regime da propriedade privada; que são, por natureza, alienáveis, já que participam da composição do patrimônio da pessoa jurídica, estando essa disposição, porém, subordinada aos requisitos constantes em leis especiais; e que a lei e o ato administrativo podem transformar os bens dominiais em bem de uso comum do povo ou de uso especial, o que automaticamente acarreta a condição de inalienabilidade<sup>135</sup>.

No parágrafo único do art. 99 do Código Civil, considerou-se como sendo dominiais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, salvo disposição legal em contrário.

---

<sup>134</sup> Op. cit., p. 444-445.

<sup>135</sup> Caio Mário, op. cit., p. 445.

Para Bandeira de Mello<sup>136</sup>, a redação do dispositivo é errada, já que não há, nem pode haver, pessoa de direito público que tenha estrutura de direito privado, pois a estrutura dessas entidades auxiliares é um dos principais elementos para sua categorização como de direito público.

Carvalho Filho<sup>137</sup> considera a norma de difícil compreensão, concluindo que a hipótese prevista na lei, em regra, ocorreria quando a pessoa de direito público adaptasse em sua estrutura alguns aspectos (não podendo ser todos) próprios de pessoas de direito privado, o que tornaria mais flexível a disponibilização dos bens dessas entidades.

Para Caio Mário<sup>138</sup>, os bens referidos no parágrafo único do art. 99 do Código Civil são aqueles que se integram no acervo da riqueza da entidade, e se destinam à aquisição pelos interessados. Entretanto, a oportunidade e a forma de alienação subordinam-se às disposições disciplinares específicas, incorrendo na sanção de ineficácia se não são observadas. E que, por outro lado, a lei ou o mero ato administrativo podem transformar o bem em coisa de uso comum do povo, ou uso especial, como quando o Estado implanta uma estrada em terras devolutas, ou o Município edifica para estabelecimento de serviço seu, em terras dominiais, quando então adquire, automaticamente, a condição de inalienabilidade.

Quanto a sua disponibilidade, os bens públicos patrimoniais podem ser classificados em: bens patrimoniais indisponíveis; e em bens patrimoniais relativamente disponíveis, já que, para que ocorra a alienação, devem ser observadas as condições previstas em lei.

---

<sup>136</sup> Op. cit., p. 845.

<sup>137</sup> Op. cit., p. 913.

<sup>138</sup> Op. cit., p. 445.

Quanto à possibilidade de comercialização dos bens públicos, o Código Civil estabeleceu que os de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem sua qualificação, na forma em que a lei determinar (art. 100), e que os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei (art. 101).

Diz-se que os bens de uso comum do povo e os de uso especial estão consagrados, destinados ou afetados a uma finalidade; já os dominicais<sup>139</sup> não estão consagrados, destinados ou afetados a qualquer finalidade.

Entende Caio Mário<sup>140</sup> que a inalienabilidade dos bens de uso comum do povo e de uso especial é requisito de sua destinação, e que eles somente perdem essa qualificação se houver motivos de conveniência da entidade pública, quando, então, seriam convertidos em bens dominicais e se sujeitariam ao regime destes, sendo indispensável expressa disposição legal nesse sentido.

Complementam Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>141</sup> que as coisas se tornam públicas por afetação ou destinação. A dominialidade cessa por degradação (a coisa se torna imprópria para o uso público), ou por desafetação (por ato do Estado ou da entidade a quem pertença a coisa).

---

<sup>139</sup> Sobre a significação dos termos bens dominicais e bens dominiais, há divergência na doutrina: Hely Lopes Meirelles emprega a expressão bens dominiais para referir-se aos dominicais; Celso Antônio Bandeira de Mello os utiliza como sinônimos; Cretella Jr. distingue as noções, reservando a expressão bens dominiais como gênero indicativo dos bens do domínio do Estado, e bens dominicais como sendo os bens que constituem o patrimônio dos entes públicos, objeto de direito real ou pessoal, cf. anota Carvalho Filho, que conclui no sentido de que a noção de bens dominicais implica caráter residual, isto é, são todos os que não estejam nas demais categorias de bens públicos; e a expressão bens dominiais deve indicar, de forma genérica, os bens que formam o domínio público em sentido amplo, sem levar em conta sua natureza ou destinação, op. cit., nota 19, p. 913

<sup>140</sup> Op. cit., p. 446.

<sup>141</sup> Op. cit., p. 215.

Os bens dominicais podem receber uma consagração ou destinação por ato administrativo ou por lei. É a afetação<sup>142</sup>. Com a afetação o bem passa a integrar a categoria dos bens de uso comum do povo, e os de uso especial, passando a ser regidos pelo regime jurídico de uma ou outra dessas espécies de bens públicos. Caso seja a afetação retirada dos bens de uso comum do povo e de uso especial ocorre a desafetação, passando eles a integrar a categoria dos bens dominicais, podendo, portanto, ser alienados<sup>143</sup>.

Para Lúcia Valle Figueiredo<sup>144</sup>, a inalienabilidade será absoluta quanto aos bens de uso comum do povo; relativa, se o bem for afetado a qualquer uso especial, já que, salvo exceções previstas em lei, deverá ser precedida de prévia avaliação e licitação, exigindo-se, ainda, que estejam presentes razões de interesse público devidamente explicitadas, que conduzam à alienação<sup>145</sup>.

Já para Bandeira de Mello<sup>146</sup>, os bens de uso comum ou especial não são alienáveis enquanto conservarem tal qualificação, isto é, enquanto estiverem afetados a tais destinos, Ao serem desafetados passam à categoria dos dominiais, podendo ser alienados, nos termos da lei.

---

<sup>142</sup> Afetar é atribuir ao bem uma destinação; é consagrá-lo ao uso comum do povo ou ao uso especial, cf. Diógenes Gasparini, exemplificando que, se o Estado adquirir, por doação, determinado imóvel e nele edificar uma penitenciária, um museu ou uma praça esportiva, tem-se sua afetação ao uso especial por ato administrativo. Se a lei atribuir ao indigitado terreno certa destinação (praça pública), tem-se sua afetação por lei. Op. cit., p. 743.

<sup>143</sup> Para Diógenes Gasparini, nesses casos, a desafetação pode se dar por fato jurídico, ato administrativo ou lei. Op. cit., p. 743-744.

<sup>144</sup> Citando o art. 225 da Constituição Federal, que dispõe sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como exemplo de bem que não admite qualquer forma de oneração. In *Curso de direito administrativo*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 565.

<sup>145</sup> A autora cita Sérgio Ferraz, que defende que “Essa operação de desafetação não é puramente discricionária, pois não pode ser imotivada, e nem está indene de controle, inclusive jurisdicional. Entramos aqui no campo apaixonante do âmbito de controle de atividade administrativa, sobretudo através do Poder Judiciário”, idem, p. 566.

<sup>146</sup> *Curso de direito administrativo*. 19. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5-7-2005. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 847.

Já se decidiu que os bens públicos são inalienáveis e só perdem essa característica, que lhes é peculiar, nos casos e na forma que a lei prescrever (Código Civil, art. 67).<sup>147</sup> E que, a doação de imóvel público obedece, unicamente, aos preceitos contidos na lei que o desafetou<sup>148</sup>.

Os bens públicos também não podem ser penhorados, já que, de regra, não podem ser alienados<sup>149</sup>.

Decorre do disposto no art. 100 da Constituição Federal que a satisfação de créditos contra o Poder Público se dá mediante forma específica, e não por meio da venda de bens em hasta pública, como se dá na execução forçada.

Em condições especialíssimas, permite-se a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno, nos termos do art. 52, inc. VIII, da Constituição Federal. E, quando o credor for preterido no seu direito de precedência no pagamento do precatório, a Constituição da República permite o seqüestro da quantia necessária à satisfação do seu débito (art. 100, § 2º).

A impenhorabilidade visa resguardar os bens públicos, não permitindo que sobre eles recaia a penhora. O Código de Processo Civil considera absolutamente impenhoráveis os bens inalienáveis (art. 649, inc. I).

---

<sup>147</sup> TRF-4ª Reg., 4ª T., AC 1999.04.01.042558-1, rel. Dr. Alcides Vettorazzi, v. u., DJU 10-1-2001, p. 256.

<sup>148</sup> STJ, 1ª T., REsp 56612-6-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14-12-1994, DJU 6-3-1995, p. 4325.

<sup>149</sup> O STJ já decidiu que "MC – Administrativo – Processual civil – Fundação de direito público – A fundação de direito público integra o complexo político administrativo das pessoas jurídicas do direito público interno. Substancialmente, é capital público com destinação específica. Os bens públicos são impenhoráveis. A jurisprudência firmou-se no sentido de integrá-la ao gênero – Autarquia", STJ, 6. T., Medida Cautelar 633/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 16-12-1996, DJ 31-3-1997, p. 9.641. No mesmo sentido TRF-2ª Reg., 3ª T., AG 96.02.21136-9-RJ, v. u., rel. Dr. Arnaldo Lima, de que o "Código Civil, nos arts. 65, 66 e 67, e ainda, a Lei 8620/93, em seu artigo 8º, vedam, expressamente, a alienação e penhora de bens públicos", DJ 20-11-1997, p. 99637.



Também não podem ser gravados com direitos reais de garantia, pois seria incoseqüente qualquer oneração para tal fim. Assim, o administrador público não pode gravar com penhora, hipoteca ou anticrese os bens que estão sob sua guarda, salvo quando houver autorização expressa em lei.

Quanto à concessão de uso, concessão de direito real de uso, comodato e outros contratos que propiciam o ajuste de transferência do uso de bem público, devem ser eles precedidos de lei autorizadora, dados os ônus que incidem sobre os bens públicos<sup>150</sup>.

Nos termos do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, arts. 64 e ss., permitiu-se que os bens públicos federais que não forem efetivamente utilizados pela União para o funcionamento de seus serviços, ou que não se alinharem entre os de uso comum do povo, sejam usados pelos particulares mediante locação, aforamento ou cessão, com observância das normas peculiares à celebração desses negócios jurídicos, considerando-se a natureza pública do objeto.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>151</sup> registra que há questionamentos sobre a possibilidade de haver constituição de servidão de bens públicos, concluindo por sua possibilidade, da mesma forma que entende ser possível a desapropriação de bens públicos.

São os bens públicos imprescritíveis, o que significa que, independentemente da categoria à qual pertençam, não são suscetíveis de usucapião. A matéria foi objeto de previsão constitucional em mais de um dispositivo (arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único) e também do Código Civil

---

<sup>150</sup> Cf. Diógenes Gasparini, op. cit., p. 747.

<sup>151</sup> Op. cit., p. 569.

(art. 102). Foi, também, objeto da Súmula 340 do STF<sup>152</sup>. A matéria anteriormente já havia sido regulada; foi objeto dos Decretos ns. 19.924/1931 e 22.785/1933, nos quais foi estabelecido expressamente que os bens públicos, qualquer que fosse a sua natureza, não seriam passíveis de usucapião.

## 1.2 - Dos Direitos Reais

Inúmeras relações humanas são objeto de regulamentação pelo Direito. Em algumas delas destaca-se seu caráter pessoal (p. ex., as relações de família) e, em outras, seu caráter patrimonial (p. ex., venda e compra de um imóvel).

As obrigações patrimoniais podem ser obrigacionais (quando são reguladas pelo direito das obrigações), ou reais (quando são disciplinadas pelos direitos reais)<sup>153</sup>.

A expressão direito real (*jus in re*), inexistente no Direito Romano clássico, foi atribuída aos glosadores, na Idade Média; contudo, o Direito Romano distinguia os direitos reais dos obrigacionais, pelos critérios de criação e de transmissão<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Tem ela a seguinte redação: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

<sup>153</sup> Existem doutrinadores (Demogue e Perlingeri) que negam a diferença entre uns e outros direitos, opinando que se caracterizam apenas em razão da intensidade (direitos fortes e direitos fracos); outros (Thon, Schlossmann) proclamam o artificialismo da distinção, negando a existência dos direitos reais, que não passariam de um processo técnico, utilizado pelo direito positivo, ao instituir restrições à conduta humana, em benefício de determinadas pessoas. *Apud* Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: Direitos reais*, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 4, p. 1-2.

<sup>154</sup> Eugène Petit, *Tratado Elementar de Direito Romano*, trad. de 9. ed. francesa. Campinas: Russell, 2003, p. 223, *apud* Paulo Nader, *Curso de direito civil: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 10-11. Acrescenta Paulo Nader que a matéria não é pacífica na doutrina, tanto que Juan Francisco Delgado de Miguel, em sua obra *Instituciones de Derecho Privado*, t. II, v. 1, p. 19, afirma peremptoriamente que o direito romano não conheceu a categoria dos direitos reais, *op. cit.*, p. 11.

A doutrina diverge na diferenciação entre os direitos reais e os de crédito<sup>155</sup>. Há os que vêem nos direitos reais uma relação de subordinação da coisa mesma ao sujeito, vinculando-os à idéia de assenhoreamento, sem intermediários, entre a coisa e o titular<sup>156</sup>; outros, que situam a diversificação na idéia da percussão do direito, considerando relativos os de créditos, e absolutos os reais<sup>157</sup>; e, ainda, os que defendem ser o direito real quando o seu titular dispõe de execução real, isto é, tem a faculdade de conseguir coativamente a coisa prometida, privando dela o promitente<sup>158</sup>.

Na busca dessa diferenciação entre direitos reais e obrigacionais, surgiram duas correntes doutrinárias: a realista<sup>159</sup> e a personalista.

Para a doutrina realista, o direito real significa o poder da pessoa sobre a coisa, em uma relação que se estabelece direta e sem intermediários; ao passo que o direito de crédito requer sempre a interposição de um sujeito passivo, devedor da prestação, independentemente de consistir esta na entrega de uma coisa, na realização de um fato, ou em uma abstenção<sup>160</sup>. Assim, os direitos reais se caracterizariam como o poder imediato da pessoa sobre a coisa, que se exerce *erga omnes*, evidenciando a seqüela e a preferência<sup>161</sup>.

---

<sup>155</sup> Cf. comenta Caio Mário, op. cit., p. 2.

<sup>156</sup> Vittorio Polacco, De Page, Orosimbo Nonato.

<sup>157</sup> Windscheid, Marcel Planiol. Esse pensamento encontra objeção no sentido de que nenhum direito é absoluto, já que todos têm o seu exercício condicionado às implicações sociais que conduzem à sua relatividade. Por outro lado, caso aceite o conceito da existência de direitos absolutos, estes abrangeriam outras classes fora dos direitos reais, como os direitos da personalidade.

<sup>158</sup> Ziebarth.

<sup>159</sup> Também denominada clássica.

<sup>160</sup> De Page, *Traité Élémentaire*, vol. 1, nº 127, *apud* Caio Mário, op. cit., p. 2. Na definição de Baudry-Lacantinerie, o direito real é aquele que temos direta e imediatamente sobre uma coisa, que se submete diretamente à ação e à vontade de uma pessoa. Possui dois elementos: uma pessoa, que é o sujeito ativo, o titular do direito (p. ex., o proprietário); e uma coisa, que é o objeto do direito, *in Traité Théorique et Pratique de Droit Civil - Des Biens*, 3. ed., Paris: Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1905, t. 6, p. 3. *Apud* Paulo Nader, *Curso de direito civil: direito das coisas*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.14.

<sup>161</sup> Para Carlos Alberto Bittar os direitos reais, de cunho especial, incidem sobre todas as relações jurídicas resultantes da ação de pessoas sobre bens disponíveis no mundo fático; as relações entre o agente e o bem são de

Distinguindo os direitos reais dos direitos pessoais, Henri Mazeaud e Jean Mazeaud<sup>162</sup> afirmam que, enquanto o direito pessoal dá ao credor somente o direito de obter do devedor uma prestação positiva ou negativa, o direito real permite a seu titular obter contra toda e qualquer pessoa o respeito de uma situação de privilégio que lhe assegura vantagens particulares. Essa oponibilidade, que é absoluta, é característica do direito real.

Esses doutrinadores definiram o direito real como uma relação jurídica, imediata e direta, entre uma pessoa e uma coisa, apontando a existência dos direitos reais principais (o direito de propriedade e seus desmembramentos, usufruto, uso, habitação, servidões e concessões) e dos direitos reais acessórios, cujo exemplo é a hipoteca<sup>163</sup>.

Nesse sentido, Colin e Capitant<sup>164</sup>, ao distinguirem os direitos reais dos direitos pessoais, ressaltaram que o direito real confere a seu titular o poder direto sobre a coisa (*res*), o qual lhe faculta exercer sobre ela todas as prerrogativas possíveis: o uso (*usus*), que lhe permite servir-se da coisa; o gozo (*fructus*), que lhe permite explorá-la e retirar-lhe os frutos; a disposição (*abusus*) que lhe permite o consumo, incluindo o que acarrete sua destruição e alienação. Ressaltam, ainda, que o direito pessoal é o que tem uma pessoa, o credor, de exigir de uma outra pessoa o que lhe é devido, como, por exemplo, uma certa

---

inerência da coisa ao patrimônio, permitindo-lhe retirar as utilidades e os proventos naturais que de sua manutenção, ou de sua exploração, possam advir, *in Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2. Também para Rodrigo da Cunha Lima Freire, apesar de o direito ser eminentemente e estatisticamente relacional, nem todas as relações jurídicas são intersubjetivas ou interpessoais; afirma que existem relações jurídicas entre pessoas e coisas. Neste sentido, entende que os direitos reais são compostos unicamente por dois elementos: o sujeito ativo de direito (titular do direito) e o objeto imediato do direito (coisa), e que sua característica essencial é a desnecessariedade da interposição de um terceiro, para que o sujeito possa exercer seu direito ou conjunto de poderes ou faculdades que possui sobre a coisa, de forma direta e imediata. Princípios regentes do direito das coisas, *in Revista dos Tribunais* v. 735, p. 61.

<sup>162</sup> *In Leçons de Droit Civil*. Tome Deuxième, quatrième édition par Michel de Juglart. Paris: Éditions Montchrestien, 1969, p. 11.

<sup>163</sup> *Op. cit.*, p. 1.

<sup>164</sup> *In Traité de droit civil: Obligations*. Théorie générale des droits réels principaux, refondu par Léon Julliot de La Morandière, Paris: 1959, t. 2, p. 2-3.

prestação (uma coisa, um fato ou uma abstenção); que o direito real compreende dois elementos: a coisa objeto do direito, e um sujeito, o titular desse direito. O direito pessoal compreende um objeto, que é a prestação, e dois sujeitos: o sujeito passivo, o devedor, e o sujeito ativo, o credor, que pode exigir o cumprimento da prestação.

Enquanto a doutrina personalista, por entender que não pode ser aceita a instituição de uma relação jurídica diretamente entre a pessoa do sujeito e a própria coisa, uma vez que todo direito, correlato obrigatório de um dever, é necessariamente uma relação entre pessoas, defende que no direito de crédito há dois sujeitos em confronto, o sujeito ativo (em cujo favor ou benefício a situação jurídica se constitui) e o sujeito passivo (que se vincula ao primeiro e lhe deve a prestação), formando-se a relação jurídica entre pessoas determinadas; no direito real existe um sujeito ativo, titular do direito, havendo uma relação jurídica entre ele, ou seja o titular do direito real, e o sujeito passivo que é representado pela generalidade anônima dos indivíduos (sujeito passivo universal)<sup>165</sup>.

Defendem os seguidores da teoria personalista<sup>166</sup> que, assim como os direitos pessoais, os direitos reais também são relações jurídicas entre pessoas (por não ser possível haver relação jurídica entre pessoa e coisa); todavia, o sujeito passivo no direito real seria indeterminado (e não pessoa certa e determinada, como no direito pessoal), o que geraria uma obrigação passiva universal ou difusa.

---

<sup>165</sup> Cf. Caio Mário que complementa, ainda, que pode ocorrer a hipótese de *ius in re* com devedor determinado (e.g., a constituição de renda sobre imóvel), e se admite em tese direito com obrigação real *in faciendo*, nem por isto se desfigura a oponibilidade da *facultas* a todo aquele que receba, detenha ou adquira a coisa vinculada, op. cit., p. 3.

<sup>166</sup> Na opinião de Pontes de Miranda, foi Savigny, ao excluir, em seus estudos sobre as relações jurídicas, a possibilidade de um vínculo entre pessoa e coisa, quem teria criado as condições para o surgimento da teoria personalista, exposta, entre outros, por Windscheid, na Alemanha, e Planiol, na França, *apud* Paulo Nader, op. cit., p. 15.

Explica Nelson Rosenvald<sup>167</sup> que não se admite relação jurídica entre pessoas e coisas<sup>168</sup>, já que todo vínculo se forma entre pessoas. Por isso, nos direitos reais, o bem é meramente o objeto sobre o qual se exercitam as situações jurídicas de poder e domínio, das quais decorrem as faculdades de usar, gozar e dispor. Que a idéia da configuração de uma relação jurídica envolvendo o titular do direito real de um lado, e, de outro, um hipotético sujeito passivo universal ou uma virtual comunidade de pessoas, em um relacionamento negativo, de exclusão, não é digna de censura, já que, nas relações de direito absoluto, toda a sociedade vincula-se ao dever negativo de não prejudicar o titular do direito real. No momento em que surge a pretensão, concede-se ao lesado a faculdade de reclamar o exercício do conteúdo do direito subjetivo, em face de determinada pessoa, tendo em vista a desobediência ao dever geral de abstenção.

Define esse doutrinador a relação jurídica de direito real como sujeitos, de um lado o titular do direito (v.g., o proprietário, usufrutuário, credor hipotecário) e, de outro, a comunidade; como objeto, o bem sobre o qual se exerce ingerência socioeconômica. Aponta três distinções entre os direitos reais e os obrigacionais: a) quanto à eficácia - *erga omnes* nos direitos reais e relativa nos direitos obrigacionais; b) quanto ao objeto - a coisa nos direitos reais e a prestação nos direitos obrigacionais; c) quanto ao exercício: nos direitos reais, o titular age direta e imediatamente sobre o bem, satisfazendo suas necessidades econômicas sem o auxílio ou intervenção de terceiros; já nas obrigações, o titular do crédito necessariamente dependerá da colaboração do devedor para sua satisfação. Os direitos reais caracterizam-se pela

---

<sup>167</sup> *Direitos reais*. 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 9.

<sup>168</sup> É que os direitos são sempre relações entre pessoas, não havendo que se falar em uma relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa. A relação direta entre uma pessoa e uma coisa é um fato, cf. Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *in Introdução ao estudo do direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v. 1, p. 644.

imediatividade, e os obrigacionais, pela mediatividade, diante da inevitável necessidade de atuação do devedor para a obtenção da prestação<sup>169</sup>.

Os autores modernos têm voltado suas atenções para a estrutura interna do direito real, salientando que o poder de utilização da coisa, sem intermediário, é o que caracteriza os direitos reais, enquanto o direito pessoal supõe necessariamente a intervenção de outro sujeito de direito<sup>170</sup>.

Daí exemplificar Orlando Gomes<sup>171</sup> que o proprietário, titular do máximo direito real, o exerce, utilizando a coisa sem ser preciso qualquer intermediário; sua ação é direta e imediata. Já o comodatário, para que possa utilizar a coisa emprestada, necessita da intervenção do comodante; é necessário que, mediante o contrato de comodato, o proprietário da coisa-comodante proceda à sua entrega, assegurando-lhe o direito de usá-la com a obrigação de restituí-la após o decurso de certo tempo.

Acrescenta que nem mesmo a seqüela e a preferência são verdadeiros atributos dos direitos reais; seriam qualidades atribuídas pela lei para que possam preencher de melhor forma sua função social específica. Daí que, às vezes, são desprovidos de tais qualidades, enquanto determinados direitos pessoais podem possuí-las. E que, não raro, a oponibilidade a todos é condicionada à inscrição do direito em Registro Público<sup>172</sup>.

Apresentando fórmula conciliadora das teorias realista e personalista, desenvolveu-se a teoria eclética. Para seus adeptos, o direito real

---

<sup>169</sup> Idem, p.3.

<sup>170</sup> Nesse sentido De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, 2. ed., t. 1, p. 173. *Apud* Orlando Gomes, op. cit., p. 5.

<sup>171</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>172</sup> Orlando Gomes, op. cit., p. 6.

deve ser analisado sob dois aspectos: o interno e o externo. Tomam por lado interno do direito real o núcleo da teoria clássica - poder imediato e direito sobre a coisa - e como lado externo, o núcleo da teoria personalista - oponibilidade *erga omnes* -, sustentando a tese de que a imediatidade deriva do caráter absoluto ou oponibilidade contra todos<sup>173</sup>.

Entendem que a identificação do direito real apenas pela composição do pólo passivo, formado pela universalidade de pessoas, é insuficiente, pois esta característica é comum aos direitos subjetivos absolutos. A face externa do direito real é apenas parte de sua estrutura, que se compõe ainda do poder direto e imediato que o sujeito ativo detém sobre a coisa<sup>174</sup>.

A doutrina, em geral, aponta como características do direito real as seguintes: ser ele oponível *erga omnes*; ser seu objeto sempre determinado; exigir a existência atual do bem; ser exclusivo, no sentido de que se não compadece com a pluralidade de sujeitos com iguais direitos; ser adquirido por usucapião, sendo suscetível de posse; conservar-se, não obstante a falta de exercício, até que se constitua uma situação contrária, em proveito de outro titular; ser provido da prerrogativa de acompanhar a coisa em poder de quem quer que com ela se encontre (seqüela)<sup>175</sup>; ter seu titular a faculdade de

---

<sup>173</sup> Cf. Marco Comporti, *Diritti Reali in Generale*, 1. ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 13.

<sup>174</sup> Cf. Paulo Nader, *op. cit.*, p. 16.

<sup>175</sup> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de: “Agravo de Instrumento – Agravo regimental – Contrato mútuo e hipoteca – Compromisso de compra e venda – Embargos de terceiros. I – Se a credora hipotecária não participou da avença, nem liberou os agravantes do vínculo hipotecário, sendo este real e não pessoal, qualquer negócio entre a Incorporadora e os promitentes compradores é inoponível à ora agravada e exequente que, titular do direito de seqüela, pode exercer o seu direito de excutir o bem objeto da hipoteca para pagamento do seu crédito. II- O contrato de mútuo e hipoteca previa a transferência do referido débito hipotecário proporcionalmente aos adquirentes das unidades imobiliárias, bem como a responsabilidade da construtora pela liquidação do débito. Sendo esta disposição, tinham conhecimento do risco do negócio. III – Agravo regimental improvido” (STJ – Ac. AGA 161052/SP – 199700686485) ARAI 239870, 15-10-1998, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 7-12-1998, p. 81 e JSTJ 2/55); “Sistema financeiro de habitação. Cessão do imóvel financiado. Ação de consignação em pagamento.[...] O direito positivo vigente sempre admitiu a cessão de contratos relativos a imóveis mediante simples trespasse ou transferência, sendo a ele contrária a sua oneração com um novo financiamento. De outra parte, a hipoteca vincula o bem gravado, acompanhado-o sempre onde quer que se encontre. Adere à coisa, sem, no entanto, trazer limitações quanto ao direito de dispor,



receber privilegiadamente em caso de falência ou concurso de crédito, sem se sujeitar ao rateio, cabendo-lhe receber o produto da venda da coisa gravada, dentro dos limites de seu crédito (preferência); também, não podendo mais suportar os encargos, ter o titular a faculdade de abandoná-lo<sup>176</sup>.

Por outro lado, o direito de crédito possui as seguintes características: seu sujeito passivo é determinado; seu objeto pode ser determinável; não precisa ser atual, sendo compatível com sua futuridade; não se adquire por usucapião, nem é suscetível de posse; extingue-se pela inércia do sujeito<sup>177</sup>.

Quanto ao objeto do direito real, defende Orlando Gomes<sup>178</sup> que podem ser tanto as coisas corpóreas como as incorpóreas, afirmando não existir justificativa para sua limitação às primeiras. Admite, também, a possibilidade de ter um direito pessoal por objeto, quando, por exemplo, o usufruto e o penhor recaiam em créditos, que são direitos pessoais. Afirma que, desde que o poder do titular se exerça diretamente sobre um crédito, sem

---

não impedindo o direito de seqüela transações ou alienações” (STJ, Ac. REsp. 43230-RS – 199400022484 – RE 131068, 2ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 23-9-1996, p. 35090). “[...]Nas hipóteses de furto ou roubo não se dá a transmissão da propriedade, nem se transfere legitimamente a posse. Portanto, não perde o titular o direito de seqüela, de seguir a coisa e obtê-la de quem a detenha ou possua. E ao terceiro de boa-fé cabe o direito de regresso contra quem lhe transferiu o bem.[...]” (STJ, ROMS 1710/SP, 5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 7-11-1994, p. 30025).

<sup>176</sup> Segundo doutrina de Caio Mário, op. cit., p. 5. Para Orlando Gomes, as características que identificam os direitos reais são: a tipicidade (ele deve estar previsto em lei), elasticidade (admite a aquisição restitutiva), publicidade (sua constituição ou transferência devem ser acessíveis ao conhecimento de qualquer interessado) e especialidade (seu objeto deve ser coisa certa e determinada). Quanto à seqüela e à preferência, entende que são características que constituem a superioridade dos direitos reais sobre os direitos de crédito. O direito de seqüela é o que tem o titular de direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor, ou seja, a inerência do direito ao seu objeto é tão substancial que o sujeito pode persegui-lo seja qual for a pessoa que o detenha. Já o direito de preferência é restrito aos direitos reais de garantia, consistindo no privilégio de obter o pagamento de uma dívida com o valor de bem aplicado exclusivamente à sua satisfação, ou seja, a coisa dada em garantia é subtraída à execução coletiva, preferindo o credor pignoratício ou hipotecário a todos os outros, op. cit., p. 8-9.

<sup>177</sup> Caio Mário, op. cit., p. 5.

<sup>178</sup> Op. cit., p. 9. No mesmo sentido Venosa, para quem o objeto do direito real pode recair sobre coisas corpóreas ou incorpóreas, como um imóvel, no primeiro caso, e os produtos do intelecto (direitos do autor, de invenção, p. ex.), no segundo, op. cit., p. 19.

intermediário, como se exerce sobre uma coisa corpórea, o direito é de natureza real.

Para Caio Mário<sup>179</sup>, os direitos reais podem ter por objeto imediato uma coisa corpórea (propriedade), mas podem visar imediatamente a uma coisa incorpórea, e só por via indireta atingir a corpórea, exemplificando que a servidão é um direito real, mas a servidão negativa não tem por objeto imediato uma coisa, e sim uma abstenção.

Edmundo Gatti<sup>180</sup> argumenta que somente os objetos materiais suscetíveis de valor podem ser objeto dos direitos reais. Já os bens que não sejam coisas ou que não possam ser coisas, as coisas fora de comércio e a coisa futura não podem constituir seus objetos.

Seguindo quase os mesmos critérios, embora entendendo que as coisas fora de comércio e as coisas futuras (v.g., na hipótese de incorporação) podem constituir objeto do direito das coisas, Arruda Alvim<sup>181</sup> aponta, além do entendimento de que a coisa deve ser material, corpórea e tangível, os seguintes elementos: significação econômica da coisa, ou seja, idoneidade de utilidade para a possível satisfação de comportarem interesse econômico, motivador de sua apropriação; possibilidade, em sendo objeto dessa apropriação, de serem suscetíveis de não só "suportarem" tal apropriação como também a conseqüente gestão econômica; deverão, ainda, ser juridicamente suscetíveis de apropriação.

---

<sup>179</sup> Op. cit., v. 1, p.407.

<sup>180</sup> *Teoria General de Los Derechos Reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot p. 200-201. *Apud* Lima Freire, Princípios regentes do direito das coisas, op. cit., p. 56.

<sup>181</sup> Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais, in *Posse e propriedade*, coord. Yussef S. Cahali, São Paulo: Saraiva, 1987. *Apud* Rodrigo da Cunha Lima Freire, op. cit., p. 56-57.

Como se vê, não é pacífico o entendimento que estende o objeto dos direitos reais aos bens imateriais ou incorpóreos; alguns juristas identificam a propriedade literária, científica e artística com os direitos de personalidade, até porque os direitos autorais foram descodificados do Código Civil de 1916, passando a ser regulados pela Lei nº 9.610/1998, que, todavia, em seu art. 3º, considera esses direitos patrimoniais como bens móveis, para efeitos legais.

Parece-nos acertado o posicionamento doutrinário que não limita o objeto dos direitos reais ao bem corpóreo, incluindo, também a possibilidade de ele ter por objeto bem incorpóreo.

Já ensinava Clóvis Beviláqua<sup>182</sup> que o Direito das Coisas é o ramo do Direito Civil que se ocupa dos direitos reais, consistindo o conjunto das normas que regem as relações jurídicas referentes à apropriação dos bens corpóreos pelo homem. Para Orlando Gomes<sup>183</sup>, o Direito das Coisas regula o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica. Paulo Nader<sup>184</sup> conceitua o Direito das Coisas como a parte do Direito Civil que regula os poderes da pessoa sobre bens materiais e imateriais, dispondo basicamente sobre os chamados direitos reais, entre os quais se destaca o direito de propriedade. Ricardo Aronne<sup>185</sup> diz que Direito Real não é sinônimo de Direito das Coisas, uma vez que traduz uma categoria de direitos subjetivos, tendo, assim, um sentido subjetivo; já o Direito das Coisas traz um sentido objetivo, referenciando um ramo do Direito Civil.

---

<sup>182</sup> *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 9. ed., Rio de Janeiro, v. 9. Apud Orlando Gomes, in *Direitos reais*, 12. ed., atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2.

<sup>183</sup> Op. cit., p. 1.

<sup>184</sup> Op. cit., p.8.

<sup>185</sup> Op. cit., p. 197.

Sob a denominação Direito das Coisas, o nosso legislador tratou da posse, dispondo sobre sua classificação, aquisição, efeitos e perda. Trouxe disposições gerais sobre os direitos reais, estabelecendo, em relação à propriedade móvel e imóvel, suas formas de aquisição e perda (Título III, Capítulos I a IV). Incluiu os direitos de vizinhança (Capítulo V) e as normas do condomínio em geral e do condomínio edilício (Capítulo VI e VII, respectivamente). Tratou da propriedade resolúvel (Capítulo VIII) e da propriedade fiduciária (Capítulo IX). Também regulou o direito da superfície (Título IV). Quanto aos direitos reais sobre coisas alheias, manteve o Código a distinção entre os de gozo (servidão, usufruto, uso, habitação – Títulos V a VIII) e os de garantia (penhor, hipoteca e anticrese – Título X). Finalmente, sistematizou o direito do promitente comprador de imóvel, tratando-o como direito real, oponível a terceiros (Título IX).

Vê-se que o Código Civil, em seu Livro III, sob o título Direito das Coisas, incluiu outros direitos além dos direitos reais propriamente ditos, como, por exemplo, a posse, que, segundo doutrina majoritária<sup>186</sup>, tem natureza jurídica de direito pessoal.

A posse, como estado de fato, detenção ou utilização das coisas do mundo externo, antecedeu, historicamente, à propriedade. Depois, com o desenvolvimento intelectual e econômico dos povos, a posse se distinguiu da propriedade, criando-se a relação de direito ao lado da relação de fato que continuou a subsistir, conforme historia Clóvis Beviláqua<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> Seguida por, entre outros, Nelson Nery Júnior, Darcy Bessone, Sílvio Rodrigues. Em sentido contrário: Orlando Gomes e Caio Mário. Para Carlos Alberto da Mota Pinto, trata-se de um direito real provisório, porque só atua enquanto não for definitivamente apurado quem é o autêntico titular do direito real sobre a coisa, *in Direitos Reais*, apud Paulo Nader, op. cit., p. 7.

<sup>187</sup> Op. cit., v. 3, p. 8.

Duas teorias procuraram fixar a noção de posse por meio de análise dos elementos por elas considerados essenciais à sua conceituação. De um lado, a teoria subjetiva, que se deve a Savigny. Do outro, a teoria objetiva, de autoria de R. von Ihering<sup>188</sup>.

Para Savigny<sup>189</sup>, posse é o poder que tem uma pessoa de dispor, fisicamente, de uma coisa, acompanhado da intenção de tê-la para si. Resulta da combinação de dois elementos: o poder físico (*corpus*) e a intenção de ter a coisa para si (*animus*). Sem o elemento volicional, a posse é simples detenção, posse natural e não posse jurídica. Sem o elemento material, a intenção é, simplesmente, um fenômeno físico sem repercussão na vida jurídica. Embora revista os caracteres exteriores do domínio, a posse é um mero fato. Se o direito a protege, concedendo-lhe garantias especiais, é porque a perturbação e o esbulho são violências contra a pessoa do possuidor, e o Estado deve sempre defender os indivíduos contra as vias de fato ilícitas. As ações possessórias são, portanto, pessoais.

Ihering<sup>190</sup>, sem negar a influência da vontade na conceituação da posse, mas sem considerá-la elemento essencial, entende a posse como a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica. A posse é a exteriorização da propriedade. É o modo pelo qual a coisa, normalmente, preenche o seu destino de satisfazer as necessidades humanas. É o modo pelo qual a propriedade é utilizada.

---

<sup>188</sup> Nesse sentido Orlando Gomes, op. cit., p. 17.

<sup>189</sup> *Possession*, p. 11-12. Apud Clóvis Beviláqua, op. cit., v. 3, p. 8-9.

<sup>190</sup> *Der Besitzwille*, p. 481 e *Fundamentos dos interditos possessórios*, trad. Adherbal de Carvalho, p. 217 e ss. Apud Clóvis Beviláqua, op. cit., idem, p. 9.

Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>191</sup> acrescentam que, para a teoria clássica (ou subjetiva) de Savigny, é a vontade (*animus*) de possuir para si que origina a posse jurídica, e quem possui por outrem é mero detentor (v. CC 1.204). Para Jhering (teoria objetiva, adotada pelo CC/1916 e conservada no novo sistema), a posse é a simples exteriorização da propriedade e dos poderes a ela inerentes, sendo possível, pois, existir sem que o possuidor tenha intenção de dono. Quem exerce poder sobre a coisa (*corpus*), não por vontade própria (*animus*), mas obedecendo a instruções e ordens de outro, tem mera detenção e não pode valer-se dos interditos possessórios próprios (interdito proibitório, manutenção de posse, reintegração de posse), justamente porque não tem posse, não é possuidor, mas mero detentor.

Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do Código Civil). Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores (art. 1.199 CC).

Daí afirmar Caio Mário<sup>192</sup> que a posse, em nosso direito positivo, não exige a intenção do dono, nem reclama o poder físico sobre a coisa. É relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio.

Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à

---

<sup>191</sup> *Código civil comentado*. 4. ed. rev., ampl. e atual. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 704-705.

<sup>192</sup> Op. cit., v. 4, p. 22.

propriedade (art. 1.204 CC). Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade (art. 1.208 CC). Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida (art. 1.203 CC).

A posse *ad usucapionem* é aquela que enseja a aquisição da propriedade por meio de usucapião. Não é mera detenção. Não é posse exercida em nome de outrem. É posse de quem tem a coisa como sua e se apresenta como se fosse dono, ou seja, como *animus domini*. Ela há de ser pública (os atos por meio dos quais ela se manifesta não são ocultos, secretos, clandestinos); contínua (a continuidade se verifica pela ausência de interrupção); incontestada (sem oposição, passividade geral de terceiros); pacífica (não violenta ou, se maculada na sua origem pela violência, que essa tenha cessado); inequívoca (os fatos invocados pelo possuidor ressaltam de maneira clara, não duvidosa, que ele possuiu a coisa de maneira exclusiva, ousadamente e com autoridade, e não a obteve de forma precária, ou seja, para mera detenção)<sup>193</sup>.

É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária, nos termos previstos no art. 1.200 do Código Civil.

Comentando o dispositivo, entendem Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>194</sup> que posse justa é a posse sem vício. A violência empregada para a recuperação incontinenti da posse, nos termos do CC, 1.210 § 1º, não a torna viciada. Difere do conceito de posse de boa-fé (CC, 1.201), objetivamente aferida, pois respeita aos fatos que foram exteriorizados, aos modos e meios pelos quais o possuidor chegou a adquiri-la, enquanto a boa ou má-fé da posse

---

<sup>193</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 704.

<sup>194</sup> Op. cit., p. 707.

remete ao componente anímico do possuidor, no momento em que a adquire e, portanto, diretamente relacionado à subjetividade do possuidor.

Posse violenta é a que se adquire por ato de força, seja ela natural ou física, seja moral ou resultante de ameaças que incutam na vítima sério receio; clandestina é a posse que se adquire por via de um processo de ocultamento, em relação àquele contra quem é praticado o apossamento; posse precária é a daquele que recebe a coisa com a obrigação de restituir, e arroga-se a qualidade de possuidor, abusando da confiança, ou deixando de devolvê-la ao proprietário, ou ao legítimo possuidor<sup>195</sup>.

É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção (art. 1.201 e parágrafo único Código Civil).

A boa ou má-fé da posse diz respeito à intenção interior do possuidor, ou seja, ao seu componente subjetivo. Na posse de boa-fé o possuidor ignora, desconhece o vício ou o obstáculo impossibilitador da aquisição da posse. No caso da má-fé, ele, mesmo conhecendo as circunstâncias de fato que cercam o objeto da posse, persiste em seu intento de adquiri-la, de modo que, conscientemente, assume o risco de sofrer as conseqüências jurídicas advindas de sua manifestação de vontade. O conceito de posse de má-fé é construído por negação, ou seja, decorre do sentido negativo das circunstâncias em que não há

---

<sup>195</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 28-29.



boa-fé e deve ser avaliado casuisticamente. A boa ou má-fé estará relacionada ao momento em que há a aquisição da posse<sup>196</sup>.

A posse de boa-fé só perde este caráter no momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente (art. 1.202 CC).

A posse não se limita a coisas corpóreas. Seu objeto pode consistir em qualquer bem. Não há empecilho a que a noção de posse abrace tanto as coisas como os direitos, tanto os móveis quanto os imóveis, quer a coisa na sua integridade, quer uma parte dela<sup>197</sup>.

Nos termos do art. 1.225 do Código Civil, são direitos reais: a propriedade; a superfície; as servidões; o usufruto; o uso; a habitação; o direito do promitente comprador do imóvel; o penhor; a hipoteca; e a anticrese.

O Código Civil em vigor excluiu a enfiteuse<sup>198</sup> do rol dos direitos reais, tendo sido mantida apenas a enfiteuse dos terrenos de marinha, amparada no Decreto-lei n. 9.760/1946 e Lei n. 9.636/1998, nos termos

---

<sup>196</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 708.

<sup>197</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 23.

<sup>198</sup> Cf. Nelson Rosenvald, para quem a enfiteuse foi suprimida pelo obsolescimento de sua estrutura, tendo sido substituída pelo direito de superfície (art. 1.369 do CC), que inclusive já encontrava guarida nos arts. 21 e ss. da Lei n.º 10.257/2001 - Estatuto da Cidade, op. cit., p.7. Caio Mário conceitua a enfiteuse como um direito real e perpétuo de possuir, usar e gozar de coisa alheia e de empregá-la na sua destinação natural sem lhe destruir a substância, mediante o pagamento de um foro anual invariável. Observa que, qualquer que seja a forma adotada (por testamento ou contrato), há de ser inscrita no registro de imóveis, sem o que não se constitui como direito real; que o aforamento somente pode incidir sobre terrenos incultos ou abandonados, a cuja utilização se destina, ou terrenos não edificados, mas destinados à construção, como estímulo econômico a que se promova. Op. cit., p. 258-259. Para Moraes Salles, a enfiteuse (ou aforamento ou emprazamento) ocorre quando, por ato entre vivos ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão ou foro anual, certo e invariável. O enfiteuta (ou foreiro) é o titular do domínio útil, ao passo que senhorio é o proprietário do imóvel, titular do domínio direto. Op. cit., p. 629. No Código Civil de 1916, a enfiteuse vinha disciplinada nos artigos 678 a 694. No direito português, a enfiteuse, que estava regulada pelos arts. 1491º e seguintes do Código Civil, foi abolida pelo Decreto-lei n.º 195-A/76, de 16 de março, cf. Osvaldo Gomes, op. cit., p. 61.

previstos no seu art. 2.038 - das disposições finais e transitórias-. Também suprimiu as rendas expressamente constituídas sobre imóveis<sup>199</sup>.

Ao comentarem o art. 1.225, do Código Civil, Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>200</sup> afirmam que os direitos reais são previstos taxativamente em lei, em tipicidade fechada (*numerus clausus*), não podendo ser criados por convenção privada<sup>201</sup>.

Informa Rafael de Pina<sup>202</sup> que, no direito civil mexicano, seguindo-se a tradição romana, os direitos reais são limitados àqueles que se encontram expressamente previstos, não existindo outros direitos reais além daqueles expressamente regulados, não podendo a vontade dos particulares criar outros diferentes. Também, no direito português, noticia José Osvaldo Gomes<sup>203</sup> que, no domínio dos direitos reais vigora o princípio da tipicidade, do *numerus clausus* (art. 1306º do Código Civil).

O direitos reais costumam ser classificados segundo vários critérios. Considerando-se a titularidade do objeto, o direito pode recair sobre a coisa própria ou sobre coisa alheia. Constitui direitos reais sobre coisa própria: a

---

<sup>199</sup> Pela constituição de renda como direito real, uma pessoa entrega um imóvel a outra, com o encargo de lhe fornecer ou a terceiro uma renda periódica, cf. Caio Mário, op. cit., p. 313.

<sup>200</sup> Op. cit., p. 631.

<sup>201</sup> Acrescentam que, além dos previstos no art. 1.225 do Código Civil, o sistema prevê: a) contrato de promessa de compra e venda de terrenos loteados em conformidade com o DL 58/37, bem como a respectiva cessão e promessa de cessão quando o loteamento se formalizar na vigência da LRP (L 6766/1979 25, DL 58/37 22, e LRP 167, I, 20); b) contrato de promessa de cessão de direitos relativos a imóveis não loteados, sem cláusula de arrependimento e com imissão de posse, inscrito no CRI (L 4380/1964 69, LRP, 167, I, 9); contrato de promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas condominiais a que alude a LCI (LCI c/c LRP 167, I, 18); d) propriedade fiduciária de imóvel, cessão fiduciária de direitos creditórios em virtude de contratos de alienação de imóveis, caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contrato de venda ou promessa de venda de imóveis (L 9514/1997 17 §1º, 33); e) propriedade fiduciária de móvel (DL 911/1969 §1º); f) contratos de caução, cessão parcial, cessão fiduciária de direitos decorrentes de contrato de alienação fiduciária, celebrado pelo SFH, ou de empréstimos destinados ao financiamento da construção ou da venda de unidades imobiliárias (L 4864/1965, 22 e 23, e DL 70/66, 43); g) direito de superfície (ECid 4º, V 1, e 21, LRP 167, I, 39).

<sup>202</sup> Op. cit., p. 23.

<sup>203</sup> *Expropriações por utilidade pública*. 1. ed., Lisboa: Texto Editora, 1997, p. 36.

propriedade. Constituem direitos reais sobre coisa alheia (ou direitos limitados) os direitos reais limitados de fruição ou gozo (v.g., superfície, usufruto, uso, habitação, servidões positivas); os direitos reais de garantia (v.g., hipoteca, penhor e anticrese) e o direito real de aquisição (promessa irrevogável de venda), conforme previsto, de forma taxativa, pelo art. 1.225 do Código Civil.

Por outro lado, os direitos reais também podem ser classificados levando-se em consideração sua autonomia, dividindo-se em direitos reais principais, que são os direitos reais autônomos, que não dependem de outro (p. ex., propriedade, condomínio), e direitos reais acessórios, aqueles que para existirem dependem da existência de outro direito real (p. ex., servidões, hipoteca, penhor).

## **1.2.1 – Da Propriedade**

### **1.2.1.1 - Origem e evolução histórica**

A história da propriedade está vinculada à organização política dos povos; foi concebida de formas variadas, dependendo da época e do lugar.

Ao que parece, a propriedade móvel sempre existiu. Já a propriedade imóvel surgiu com a posse temporária da terra, que, posteriormente, passou a ser duradoura e, finalmente, definitiva.

A propriedade não é uma criação da lei, mas sim, um fato, que se foi desenvolvendo com o passar do tempo<sup>204</sup>. Existe divergência se a propriedade nasceu coletiva ou individual.

Para alguns doutrinadores, a necessidade da união de forças para defesa da vida nos lugares habitados condicionou o surgimento da propriedade coletiva – a da *gens* romana, a do *clan* celta, a da *marka* germânia, a do *mir* eslavo<sup>205</sup>.

Entre esses, informa Sílvio de Salvo Venosa<sup>206</sup> que tanto a cultura do solo como a criação de animais eram feitas em comum. O homem não se prendia ao solo, porque sua constante movimentação não o permitia. No curso da história, a permanente utilização da mesma terra pelo mesmo povo, pela mesma tribo e pela mesma família passou a ligar, então, o homem à terra que usa e habita, surgindo daí, primeiramente, a concepção de propriedade coletiva, passando, posteriormente, a ser individual.

---

<sup>204</sup> Para Décio Ferraz Alvim, a propriedade privada, em sentido *lato*, não é um direito natural. O instituto se desenvolveu ao longo da história consoante as determinantes econômicas, dentro de contínua luta de classe, daí ser a propriedade uma criação das necessidades econômicas manifestadas por determinado grupo de indivíduos, cf. citação feita por Luiz Edson Fachin, Conceituação do direito de propriedade, *in Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, outubro/dezembro/1987, v. 42, p.52. Todavia, há larga controvérsia sobre o fundamento jurídico da propriedade, existindo sobre o tema inúmeras teorias, entre elas, destacam-se: Teoria do assentimento universal: seus defensores fundamentam a propriedade na circunstância de ser ela um fato universal existente em todos os tempos e em todos os países, entre todos os povos, bárbaros ou civilizados; Teoria da liberdade: alguns reputam à propriedade um corolário lógico de liberdade individual, consideram a propriedade uma forma da liberdade; Teoria da ocupação: há autores que sustentam que a ocupação é o principal título da propriedade; Teoria do trabalho: outros baseiam a propriedade no trabalho ou na atividade do homem, por entenderem que é de toda justiça que as coisas pertençam a quem as produziu; Teoria da criação legal: sustentam seus adeptos que a propriedade tem por fonte exclusiva a lei, ou seja, a declaração do poder político investido da função legislativa, não se concebendo uma propriedade natural; Teoria da convenção: seus seguidores atribuem força jurídica à propriedade por uma suposta convenção tácita primitiva, entre todos os homens, convenção que era a origem de todo o direito. Teoria da função social: formulada no sentido de que todo o indivíduo tem o dever de desempenhar na sociedade uma certa função, conforme o lugar que nela ocupa; e, assim o detentor da riqueza tem também a missão social de aumentar a riqueza que possui, em obediência à lei da divisão do trabalho, cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 21.26.

<sup>205</sup> Cf. Virgílio de Sá Pereira, *in op. cit.*, p. 3-4.

<sup>206</sup> *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 169 e 170.

Acrescenta Venosa que a propriedade era comum à tribo. O chefe ou o patriarca da tribo não era o único proprietário, mas, sim, o administrador do bem. A aquisição da propriedade imóvel pela ocupação não era feita por um indivíduo, porém por uma coletividade de pessoas, integrantes da mesma família, clã ou tribo. Além de comum, a propriedade era inalienável<sup>207</sup>.

Contra essa concepção, aduz o português Luís da Cunha Gonçalves<sup>208</sup> que, antes mesmo de ser a agricultura praticada, a propriedade já era instituição humana, por ela ser instintiva até nas crianças e nos animais. Cada homem tinha plena propriedade dos seus alimentos, dos seus vestuários, das suas armas e utensílios, da sua casa, cabana ou caverna. Essa propriedade seria uma condição do próprio direito à vida, de tal sorte que, após a morte do proprietário, as coisas do seu uso, incluindo seu cavalo, eram com ele enterradas.

Sustenta, ainda, que, por toda a parte, na Ásia, na África e na Europa antigas, verifica-se que a propriedade da terra não era reconhecida a todos os entes humanos; em cada país eram excluídos os estrangeiros, os escravos e os membros da família (mulheres e filhos, que eram objetos da propriedade do chefe ou *pater-familias*). Já as Leis da Babilônia, que datam de cinco mil anos antes da nossa era, e o Código de Hamurabi (do séc. XXI a.C.) só apresentaram a propriedade individual da terra, nada dispendo sobre a propriedade coletiva<sup>209</sup>.

Conclui que a propriedade coletiva só foi praticada por determinados povos, em determinadas regiões do globo, somente em relação às

---

<sup>207</sup> Cf. Roberto Senise Lisboa, in *Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 3 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 4, 2005, p. 161.

<sup>208</sup> *Da Propriedade e da posse*. Lisboa: Ática, 1952, p. 8 e 12.

<sup>209</sup> Op. cit., p. 16.

terras cultivadas no interesse da coletividade e com a exclusiva colaboração dos membros da tribo aptos ao exercício da indústria agrícola, e que, nas mesmas regiões, sempre existiu a propriedade individual da terra e de outros bens<sup>210</sup>.

José Rodrigues Arimatéia<sup>211</sup> acrescenta que, na Índia, os Códigos de Manu, Iadnaválkia e Apastamba não fizeram nenhuma referência à propriedade coletiva. Mas, na antiga Germânia, a propriedade privada, coexistia com a propriedade comum da aldeia, consistindo em um dos poucos exemplos de propriedade coletiva na Europa.

Noticia o referido autor que não há literatura jurídica que se aprofunde sobre a propriedade privada na Grécia antiga, dificultando o estudo sobre a disciplina jurídica do instituto naquela época. Entende que, pelos indícios que se apresentam, já se falava em propriedade individual, pois uma das formas de restrição convencional ao direito de propriedade é a enfiteuse, abolida pelo Código Civil de 2002, mas que teve origem na Grécia. E que a propriedade individual era concedida ao *pater familias* para seu uso familiar, estando toda a família sujeita à autoridade incontestável do pai<sup>212</sup>.

Ao comentar a propriedade entre os antigos, afirma Paulo Nader<sup>213</sup> que as tribos distribuíam as terras para seu cultivo, sem que se estabelecesse vínculo de domínio; que eram trocadas anualmente, limitando-se a

---

<sup>210</sup> Op. cit., p. 19.

<sup>211</sup> Afirma que uso comum da terra não quer dizer propriedade coletiva, podendo a propriedade ser individual, mas de uso coletivo; que nos países que dizem ter abolido a propriedade individual, o que ocorreu foi a concentração do direito de propriedade nas mãos de uma pessoa jurídica (o Estado), continuando a existir a propriedade individual, embora o seu uso tenha sido coletivo; que não se pode dizer que toda propriedade do Estado seja coletiva, pois é conhecida a existência da divisão dos bens públicos, e que somente os bens de uso comum do povo são de uso coletivo, mas não de propriedade coletiva, op. cit., p. 18-19.

<sup>212</sup> Idem, p. 20.

<sup>213</sup> Op. cit., p. 103.

propriedade aos frutos das colheitas, mas que entre os gregos a prática era inversa: havia o domínio sobre as terras e o condomínio quanto à colheita.

Já segundo informações de Roberto Senise Lisboa, a propriedade na Grécia foi, inicialmente, coletiva ou social, e, a partir da fase republicana, surgiu a propriedade individual como fenômeno de notável importância, o que gerou profunda desigualdade social<sup>214</sup>.

Difícil é, também, precisar o momento em que surgiu, na sociedade romana, a primeira forma de propriedade territorial.

Jean P. Lévy<sup>215</sup> noticia que o romanista belga F. de Visscher sustenta a opinião de que no antigüíssimo direito romano a propriedade não existia; era o seu lugar ocupado pelo *mancipium*, direito soberano doméstico do chefe de família, de caráter potestativo e não patrimonial, que era exercido simultaneamente sobre as coisas e sobre as pessoas, os escravos ou os homens livres, colocados sob sua autoridade. Já para o romanista alemão M. Kaser, haveria, nos primeiros tempos, em lugar de uma propriedade especificamente distinta dos outros direitos e em oposição a todos eles, um poder sobre as coisas relativo e “funcionalmente limitado”.

Cunha Gonçalves<sup>216</sup> dá como incontestável a existência da propriedade individual da terra na Roma antiga, muito antes da famosa Lei das XII Tábuas. Velhas tradições afirmam que Rômulo, logo ao tempo da fundação da cidade, distribuíra a cada *pater-familias* duas jeiras de terra; e que Numa

---

<sup>214</sup> Op. cit., p. 163.

<sup>215</sup> In *História da Propriedade*. Lisboa: Editorial Stampa, 1973, (trad.). Apud Rui Carlos Machado Alvim, Análise das Concepções Romanas da Propriedade e das Obrigações – reflexos no mundo moderno, Revista de Direito Civil, v. 12, p. 32.

<sup>216</sup> Op. cit., p. 17.

Pompílio dividira pelos seus soldados as terras conquistadas aos vizinhos do Lácio<sup>217</sup>.

A primeira manifestação concreta de propriedade privada em Roma foi o *heridium*<sup>218</sup>, e, no decurso de sua história, destacaram-se três espécies de propriedade – a quiritária<sup>219</sup>, a pretoriana<sup>220</sup> e a do *ius gentium*<sup>221</sup>.

Na citada Lei das XII Tábuas, toda a propriedade quiritária era inteiramente individual. Só mais tarde, por efeito de conquistas, é que o Estado romano, o *Fiscus*, apareceu arvorado em proprietário das terras provinciais, que cedia a particulares a título precário ou em usufruto. Mas a propriedade do Estado não era comum de todos os cidadãos; pelo contrário, estes eram excluídos daquela propriedade, que era considerada fora de comércio<sup>222</sup>.

José Rodrigues Arimatéa<sup>223</sup> informa que, no início da civilização romana, só os patrícios eram proprietários de terras (propriedade

---

<sup>217</sup> Também para Caio Mário, a propriedade foi individual desde os primeiros monumentos do Direito Romano. Dotada de caráter místico nos primeiros tempos. Mesclada de determinações políticas, op. cit., p. 82.

<sup>218</sup> Lote de terra atribuído a cada chefe de família sobre o Palatino, com área de meio hectare (duas jeiras). Era hereditário, o que conduzia à sua inalienabilidade, sendo que seu acesso era limitado aos chefes de família patrícios. Nesse sentido, Sílvio Meira, *Instituições de Direito Romano*, São Paulo: Max Limonad, s/d., 2. ed., apud Rui Carlos Machado Alvim, op. cit., p. 32. Complementa Sílvio Venosa que a noção de propriedade imobiliária individual, segundo algumas fontes, data da Lei das XII Tábuas. Nesse primeiro período do Direito Romano, o indivíduo recebia uma porção de terra para cultivar. Ultimada a colheita, a terra voltava a ser coletiva. Fixou-se o costume de conceder sempre a mesma área de terras às mesmas pessoas ano após ano, o que acabou gerando no espírito romano a noção de propriedade individual e perpétua. Op. cit., p. 170.

<sup>219</sup> Era restrita: só os quirites (e latinos a eles assemelhados) tinham a possibilidade de ser titulares da propriedade quiritária. Mediante tratados, excepcionalmente, outorgaram-se a alguns poucos peregrinos o acesso à propriedade romana. A transmissão entre vivos devia seguir os modos de aquisição do *ius civile*: a *mancipatio* (cerimônia solene, na presença de testemunhas) e/ou *in jure censio* (ato solene, praticado na presença de um magistrado).

<sup>220</sup> Ou bonitária, cuja transmissibilidade se operava sem a rigidez excessiva em seu aspecto formal.

<sup>221</sup> Roma já enfrentava problema social grave relativo às terras para as classes mais pobres e ao grande número de peregrinos que a ela eram submetidos, em consequência das guerras por ela vencidas, o que acabou por originar a propriedade derivada do *ius gentium*, que podia ser provincial ou peregrina, dependendo de quais fossem os sujeitos a negociá-las e da localização do solo.

<sup>222</sup> Cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 18.

<sup>223</sup> Op. cit., p. 21-22.



quiritária, regida pelo *jus civile*). Posteriormente, a plebe, formada por artesãos e negociantes, se organizou, passando a pressionar para obter participação política e acesso à propriedade. Esse foi alcançado em 367 (a.C.), com a reforma agrária instituída pelas *leis licínias*, quando foi promovida a distribuição das terras tornadas disponíveis entre os cidadãos romanos pobres, passando a propriedade adquirida pelos plebeus a ser conhecida por propriedade bonitária (regida pelo *jus gentium*).

Argumenta Sá Pereira<sup>224</sup> que os romanos edificaram o direito de propriedade sobre a base acanhada da *civitas*. Isto é, do *jus civile*, não porque ele regulamentava as relações de ordem privada dos particulares, mas porque regulamentava toda a atividade jurídica da *civitas*. Tudo era *jus civile*. A propriedade romana era civil, isto é, romana, sob três aspectos: quanto ao titular da relação jurídica, ele teria de ser um membro da *civitas*, ou seja, um cidadão romano<sup>225</sup>; quanto ao objeto, ele tinha de ser romano<sup>226</sup>, e, quanto ao processo de aquisição, ele devia ser formalmente o romano<sup>227</sup>. Daí que, quando Montesquieu afirmou em sua tese que a propriedade teria natureza do direito civil, considerou não o direito civil tal qual ele é hoje, mas como o conceituaram os romanos nos primeiros tempos de sua evolução jurídica.

O tempo mitigou a dureza desse regime, e já na época de Justiniano a situação era outra. Procedeu-se à unificação do *dominium*, o que acarretou oficialmente a extinção das três espécies de propriedade referidas - quiritária, pretoriana e *ius gentium*.

---

<sup>224</sup> Op. cit., p. 4-5.

<sup>225</sup> Acrescenta que só em uma fase bem mais distante é que se concedeu aos estrangeiros o *jus commercii* e lhes conferiu personalidade civil, op. cit., p. 5.

<sup>226</sup> O solo estrangeiro não se nacionalizava, não se fazendo romano pela conquista, razão pela qual não podia ser propriedade romana. Idem, ibidem.

<sup>227</sup> A transmissão da propriedade não se operava pelo simples acordo de vontades das partes transacionantes, nem mesmo pela tradição, necessitando da intervenção da *mancipatio*, processo estritamente romano.

Por isso, já alertava Sá Pereira<sup>228</sup> que, sem a distinção cautelosa das diferentes fases dessa evolução, corre-se o risco de invocar, em apoio de teses daquela época, princípios ou regras que os próprios romanos tinham abandonado, por pertencerem a uma fase anterior e já ultrapassada do direito de propriedade. Cita Ihering, para quem a propriedade, por ser fenômeno social por excelência, não poderia ser concebida senão dentro da sociedade, sujeitando-se às condições do meio ambiente, às ações e reações, que constituem o ritmo da evolução geral.

Também Machado Alvim<sup>229</sup> afirma que a visão de propriedade como sendo essencial e eternamente um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, difundida desde o século passado, não foi assim expressada pelos romanos, argumentando que, apesar de reconhecerem implicitamente aqueles traços, os romanos o fizeram dentro de um alcance restrito. Também, quanto ao conteúdo do direito de propriedade – *usus*<sup>230</sup>, *fructus*<sup>231</sup>, *abusus*<sup>232</sup> –, observa que eles não foram agrupados pelos romanos, mas, sim, por romanistas antigos, que juntaram o termo *usufructus* ao termo *abusus*, baseados em textos diferentes, e que, desde os antigos textos jurídicos romanos, inúmeras restrições foram aduzidas ao exercício de propriedade, com o seu número aumentando até Justiniano<sup>233</sup>.

---

<sup>228</sup> Op. cit., p. 6 e 8.

<sup>229</sup> Op. cit., p. 35-36.

<sup>230</sup> Direito de utilizar-se, de servir-se da coisa. Mas não a seu bel-prazer; há registros de que existiram medidas que protegiam os escravos contra a crueldade dos senhores.

<sup>231</sup> Direito de receber os frutos e produtos da coisa.

<sup>232</sup> Direito de dispor da coisa, quer materialmente, para consumi-la, quer juridicamente, para aliená-la, não significando o direito de abusar da coisa. A disposição da coisa não era absoluta, pois, no Império, foi proibida a demolição da propriedade para efeitos de revenda dos materiais de luxo da construção.

<sup>233</sup> Citando Jean Imbert, *O Direito Antigo e a sua Projeção no Direito Moderno*, Coimbra: Almedina, 1966 (trad), menciona algumas dessas limitações postas ao direito de propriedade dos imóveis, entre elas, a de não poder o proprietário construir em sua casa oficinas que liberassem fumo ou que deixassem correr água para os terrenos de um vizinho em quantidade anormal; a noção de expropriação por motivos de utilidade pública; e, até, por vezes, a possibilidade, se as terras permanecessem incultas, de os imperadores suprimirem pura e simplesmente o direito de propriedade para concedê-las ao primeiro ocupante, com a condição de que ele as cultivasse.

Para Jean P. Lévy<sup>234</sup>, os autores que criticaram a propriedade romana o fizeram por desconhecê-la. Conheciam apenas aquilo que os juristas do século XIX pretendiam encontrar nela. E, se é certo que o direito romano nunca foi um direito socialista, também é certo que não pode ser responsável pelos exageros que os juristas “burgueses” do século XIX, em seu nome, cometeram.

Na Grécia e em Roma, três instituições se mantinham inseparáveis: a família, a religião doméstica e o direito de propriedade. Cada família possuía seu próprio deus, instalado em altar para ser adorado em caráter permanente. O culto era realizado no recesso dos lares e apenas pelos membros das famílias, não se cogitando de mudança de lugar do solo ocupado; era o imóvel considerado propriedade da família. Daí se falar que não foram as leis, mas a religião o que primeiramente garantiu o direito de propriedade<sup>235</sup>.

O Direito Canônico incutiu a idéia de que o homem está legitimado a adquirir bens, pois a propriedade privada é garantia de liberdade individual, é imanente à própria natureza do homem que, no entanto, deve fazer justo uso dela<sup>236</sup>.

Registra Caio Mário<sup>237</sup> que a invasão dos bárbaros, por si mesma, não implicou subversão no regime dos bens (a idéia de dominação das coisas também era conhecida pelos Germanos), mas, por via indireta, causou

---

<sup>234</sup> Op. cit., p. 28, *apud* Machado Alvim, op. cit., p. 36.

<sup>235</sup> Fustel de Coulanges, *apud* Paulo Nader, op. cit., p. 103. Também para Venosa, a propriedade grega e a romana colocavam-se ao lado da religião doméstica e da família. O lar da família, lugar de culto, tem íntima relação com a propriedade do solo onde se assenta e onde habitam também os deuses. Os deuses pertenciam somente a uma família, assim como o respectivo lar, daí o sentido sagrado que se atribui ao lar familiar. Portanto, foi a religião que garantiu primeiramente a propriedade. As divindades domésticas protegiam-na. Op. cit., p. 171.

<sup>236</sup> Cf. Sílvio Venosa, op. cit., p. 171.

<sup>237</sup> Op. cit., p. 82-83.

profunda transmutação nos valores, já que gerou instabilidade, insegurança e receio, sugerindo a idéia de transferência da terra aos poderosos, com juramento de submissão e vassalagem, em troca de proteção à sua fruição.

Na Idade Média, a propriedade perde seu caráter unitário e exclusivista. O feudalismo é a expressão jurídica. O traço fundamental da propriedade é ser ela uma concessão. A concessão dessas terras com a sua reserva em favor do proprietário acarretou uma decomposição conceitual da propriedade. Consagrou-se a superposição de propriedades diversas incidindo sobre um mesmo bem. O aproveitamento do domínio rural era dividido em duas partes, uma, pertencente ao senhor da terra, a outra era dividida entre vários arrendatários. O senhor tinha a propriedade e o domínio direto (ou eminente) do imóvel, já o vassalo detinha seu domínio útil, para o exercício da exploração econômica da terra, mediante o pagamento de uma pensão (cânon, corvéia ou talha); tal renda podia ser paga com parte dos frutos, ou em dinheiro. Era considerada uma obrigação pessoal, que prendia ao solo o vassalo e sua família.

A vassalagem era completa, importando até na prestação de serviço militar para a defesa do subfeudo ou feudo para a segurança do suserano ou dos senhorios superiores que se perpetuavam, por meio da transmissão hereditária. O caráter absoluto da propriedade era limitado apenas pelos seus desdobramentos, pelo domínio útil e direto e apresentava um sentido específico e bem singular de um sistema de utilização hierárquica ligada à idéia de soberania<sup>238</sup>. O servo não o é do proprietário, mas da gleba<sup>239</sup>.

Após a invasão dos bárbaros e a queda do Império Romano do ocidente, a propriedade da terra adquiriu um caráter político, porque na posse

---

<sup>238</sup> Cf. José Serpa de Santa Maria, O Envolver conceitual da propriedade e sua natureza jurídica, Revista de Direito Civil, v. 58, p. 63.

<sup>239</sup> Cf. Sá Pereira, op. cit., p. 9.

dela se baseou o princípio da soberania e da nobreza dos senhores feudais e do Rei<sup>240</sup>. As limitações e restrições ao direito de propriedade verificavam-se em favor deles, enquanto que, a partir do século XIX, elas foram impostas em favor do bem comum<sup>241</sup>.

Essa estrutura atendeu aos interesses da burguesia, na medida em que permitia a conquista de novos mercados e a obtenção de novos produtos, sem ter de pagar impostos e pedágios a inúmeros senhores feudais por onde transitavam suas mercadorias. Enriquecida a burguesia, a estrutura do Estado monárquico absolutista não mais atendia aos seus interesses políticos, econômicos e sociais, passando ela a querer liberdade econômica e política<sup>242</sup>.

As desigualdades, os privilégios e as injustiças em relação ao exercício do direito de propriedade acabaram por gerar revoltas, que se acumularam no correr dos séculos, havendo de explodir em determinado momento histórico, o que se deu na Tomada da Bastilha, na Revolução Francesa.

A liberdade, a igualdade e a fraternidade foram erigidas a dogmas cardeais da república francesa. O Estado se pontificava pelo escopo de proporcionar aos indivíduos o uso pacífico e seguro da propriedade, como a mais notável projeção da personalidade humana, e seu papel dominante era velar pela coexistência da liberdade de todos. O ideal supremo do Direito era assegurar a liberdade, em sentido absoluto, mais alargada do que na época pós-

---

<sup>240</sup> Cf. Cunha Gonçalves, *op. cit.*, p. 18.

<sup>241</sup> Nesse sentido, José Rodrigues Arimatéa, *op. cit.*, p. 22.

<sup>242</sup> Cf. José Rodrigues Arimatéa, *idem*, p. 23

clássica do direito romano, para melhor proporcionar o exercício pleno dos direitos fundamentais e imprescritíveis à vida, à honra e à propriedade<sup>243</sup>.

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento proveniente da Revolução Francesa, a propriedade foi incluída entre os direitos inatos e imprescritíveis do homem, ao lado da liberdade, da segurança e da resistência à opressão. Seu art. 2º declarou que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, incluindo-se entre esses direitos a propriedade. Foi, também, prevista como um direito inviolável e sagrado; dela ninguém poderia ser privado a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigisse e sob condição de justa e prévia indenização.

A Revolução Francesa extinguiu vários institutos vigentes no regime político-social anterior, mas não aboliu a propriedade privada, apenas lhe deu nova disciplina jurídica<sup>244</sup>. Pretendeu democratizar a propriedade, abolindo privilégios e cancelando direitos perpétuos; desprezou a coisa móvel, concentrando sua atenção na propriedade imobiliária<sup>245</sup>.

Observa Márcia Batista dos Santos<sup>246</sup> que, sob a vigência do Estado liberal, a propriedade era considerada, de um lado, um instituto jurídico unitário, não influenciado por caracteres de situações externas ou de sua função econômico-social; de outro lado, era um direito absoluto. Frisa que nem mesmo os defensores do liberalismo acreditavam em direitos ilimitados sobre a propriedade, tanto que o poder estatal de intervenção (*ex vi*, a desapropriação em

---

<sup>243</sup> Cf. José Serpa de Santa Maria, op. cit., p. 64.

<sup>244</sup> Nesse sentido José Rodrigues Arimatéa, op. cit., p. 27.

<sup>245</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 83.

<sup>246</sup> Direito de propriedade e direito de construir, Revista de Direito Civil, v. 63, p. 134.

casos de evidente necessidade e com prévia indenização) não chegou a ser negado nem afastado.

Grande marco jurídico, o Código de Napoleão apresentou o instituto de forma extremamente individualista, conceituando-o como direito absoluto e ilimitado de dispor da coisa, desde que não contrariasse as leis e regulamentos. Dispunha o seu art. 544 que “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”; serviu de modelo para várias nações.

Para justificar a absoluta liberdade do proprietário na disposição de seus bens, esboçou-se uma nova teoria contratual, a da autonomia da vontade, na qual a igualdade seria absoluta e a liberdade de contratar ilimitada.

Anota José Serpa de Santa Maria<sup>247</sup> que a hipertrofia inusitada da liberdade que, no limiar do Século XIX, atingiu a doutrina autonomista da vontade, adubou a germinação das grandes empresas, com aglutinação de riquezas imensas de um lado e, do outro, o definhamento das forças do trabalho humano. De todos os lados erguiam-se os protestos contra a inocultável degradação do princípio anímico da vontade em relação aos fracos, abandonados pelos governos liberais de braços cruzados. Surgiu, então, um outro sistema sócio-político, de aspecto mais humanista e realista, intitulado “socialismo jurídico”. Os socialistas reconheceram a hostilidade entre os elementos conceituais abstratos da dogmática individualista, acusada de exacerbado artificialismo, e os fatos econômico-sociais emergentes, a impor, com premência, a revisão daqueles conceitos, em função dessa mesma realidade.

---

<sup>247</sup> Op. cit., p. 65-66.

A idéia da propriedade socialista, concebida na primeira metade do século XIX, choca-se com a concepção individualista e absoluta da propriedade privada. Todavia, a propriedade da terra, nos Estados Socialistas, não foi abolida, o que se extinguiu foi a propriedade conferida aos particulares, ou seja, a propriedade privada<sup>248</sup>.

Assim, a partir do século XIX, passou a ser buscado um sentido social da propriedade.

No art. 153 da Constituição alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, foram estabelecidos os princípios: a propriedade obriga e a propriedade tem função social. A Lei Fundamental alemã, em seu art. 14, garantiu o direito de propriedade, dispondo que sua natureza e limites são regulados por lei; que a propriedade obriga e o seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem-estar geral. O Código Civil alemão (BGB, promulgado em 18-8-1896), em seu art. 903, estabeleceu que o proprietário tem o domínio da coisa, nos limites da lei, podendo usá-la de acordo com a sua vontade, desde que essa forma de uso não afete ou exclua o direito de terceiros.

Na Itália, com o advento da Constituição de 1947, estabeleceu-se que a propriedade privada é de ser reconhecida e garantida pela lei, que deverá prescrever os modos de aquisição e de gozo, bem como os limites a que está sujeita, a fim de se realizar sua função social e de tornar-se acessível a todos. Apesar de ter remetido à lei o reconhecimento e a garantia da propriedade privada, vedou qualquer alteração a esse direito.

---

<sup>248</sup> Cf. informa José Rodrigues Arimatéa, op. cit., p. 27.



A Constituição Espanhola de 1978, em seu art. 33, reconheceu o direito à propriedade privada e o direito à herança, estabelecendo que a função social desses direitos delimitará seu conteúdo nos termos da lei, e que ninguém poderá ser privado de seus bens e direitos a não ser por causa justificada de utilidade pública ou interesse social, mediante a correspondente indenização e em conformidade com o disposto nas leis<sup>249</sup>. Já o seu art. 47 consagrou a todos os espanhóis o direito de desfrutar de uma habitação digna e adequada, devendo os poderes públicos promover as condições necessárias e editar as normas específicas a tornar efetivo este direito, regulando a utilização do solo de acordo com o interesse geral, a fim de impedir a especulação.

Por sua vez, a Constituição mexicana, no *caput* do art. 27, dispôs que a propriedade das terras compreendidas no espaço territorial nacional pertencem, originariamente, à Nação, que tem o direito de transmitir seu domínio aos particulares, constituindo a propriedade privada<sup>250</sup>.

O art. 62 da Constituição portuguesa garantiu a todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos ali previstos. De forma excepcional permitiu a requisição e a expropriação por utilidade pública com base na lei e, fora dos casos previstos na Constituição, mediante o pagamento de justa indenização. O Código Civil português de 1966, ao dispor sobre o objeto do direito de propriedade, previu que só as coisas corpóreas podem ser objeto do direito de propriedade por ele regulado<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> Para Márcia Walquiria Batista dos Santos, o referido artigo veda a simples apropriação do solo particular pelo Estado, abrindo, porém, possibilidade a este de delimitar o conteúdo da propriedade, afastando-a de qualquer intenção especulativa, e criando um solo mais voltado ao interesse público, op. cit., p. 136.

<sup>250</sup> Para Rodrigues Arimatéa, do ponto de vista teórico, o fato de a propriedade originária da terra ser do Estado afastaria a possibilidade de indenização por qualquer limitação pública imposta ao exercício do direito de propriedade, op. cit., p. 40.

<sup>251</sup> Comenta Rodrigues Arimatéa que, com a redação do art. 1.302, o legislador civilista português afastou do Código Civil a disciplina da propriedade imaterial, mas não impediu que fosse tratada como direito de

Conforme noticia José Rodrigues Arimatéa<sup>252</sup>, todos os povos disciplinaram a propriedade, ao menos para impor a abolição de sua forma privada. Os países ocidentais, sejam os de cultura anglo-saxônica, latina ou germânica, preservam a propriedade privada, sujeitando-a, porém, a restrições de natureza privada e pública, sendo a regra a propriedade privada. Já nos Estados socialistas, a regra é a propriedade estatal e coletivizada, já que tudo o que pode gerar riquezas é propriedade do Estado.

No Brasil, a organização feudal, que também medrou em solo português, compareceu no transitório regime das capitanias hereditárias ensaiado no início da colonização lusa, imprimindo sua marca nos costumes das colônias, embora em nosso sistema jurídico não subsista<sup>253</sup>.

A propriedade constituiu-se fundamentalmente do patrimônio público. Até o advento da Lei Imperial nº 601, de 18-9-1850, e do Regulamento baixado com o Decreto 1.318, de 30-1-1854, vigiam as leis, decretos, alvarás, avisos e instruções baixadas pelo Governo de Portugal, a respeito de sesmarias e outras concessões<sup>254</sup>.

---

propriedade em legislação especial. Assim, o Código Civil trata da propriedade material das coisa corpóreas, enquanto a lei especial trata da propriedade das coisas incorpóreas, op. cit., p.39-40.

<sup>252</sup> Op. cit., p. 36-37.

<sup>253</sup> Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *in Instituições de direito civil*, 17ª ed., com referência às disposições da Constituição de 1988 aos Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, v. 4, p. 60.

<sup>254</sup> Cf. Vicente Cavalcanti Cysneiros, citando Linhares de Lacerda, *Evolução histórica da propriedade territorial no Brasil*, Revista de Direito Civil, v. 30, p. 65.

O sistema de concessões de sesmarias<sup>255</sup> não atendeu a seu objetivo de favorecer o povoamento, até porque eram muitas as exigências impostas aos beneficiários, em relação quer aos requisitos de medição e demarcação, quer ao seu efetivo apossamento e cultura. Daí, por meio da Resolução de 17-6-1822, foram suspensas a concessão de sesmarias e sua confirmação, constando expressamente em seu texto que, desde 1822, o regime das concessões cedia passo à ocupação primária, cristalizada, posteriormente, em função dos requisitos de posse efetiva e morada habitual<sup>256</sup>.

A Constituição do Império, em seu art. 179, XXII, garantiu o direito de propriedade em toda a sua plenitude, admitindo a expropriação por parte do Estado, como única exceção. Constatou-se a necessidade de se criar um sistema legal para disciplinar o regime de concessões e da posse primária, o que levou à promulgação do chamado Estatuto das Terras Devolutas – Lei 601, de 1850<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> Descrevendo a evolução do regime das sesmarias no Brasil e o processo em que o colono recebia porções de terra, adquirindo-lhe o domínio, diz Costa Porto que, “De começo, a regra seria a legalização do domínio através da carta de data. No primeiro século, por exemplo, o povoamento se processa pelo litoral, perto das sedes de governo, há pouco moradores e não custa nada regularizar a ocupação, satisfazendo as exigências legais, acrescentando ser muito simples, então obter a carta de data: mero pedido ao donatário, depois ao Governador-Geral ou aos Capitães-mores, alegando serviços prestados, as vantagens para aumentar as rendas de Sua Majestade – e não conhecemos um caso em que a solicitação fosse negada. A partir de 1549, acrescenta-se a formalidade do registro na Provedoria, como condição de validade, mas, então, este registro se fazia nas sedes das capitâneas e, como a penetração se arrastava a poucas léguas das cabeças das vilas, onde, em geral, moravam os colonos, a formalidade nada custava. A pouco a pouco, porém, vão-se apertando os crivos: faz-se mister a confirmação, dada por El-Rey, em Lisboa, o pagamento de um foro, a medição e demarcação, tudo centralizado no Reino, tudo complicado, tudo difícil”. *Apud* Vicente Cavalcanti Cysneiros, op. cit., p. 67.

<sup>256</sup> No Brasil colônia o regime das instalações possessórias, da ocupação, não era o regime predominante, e, se existiam problemas pela posse da terra, eles ocorriam de forma episódica. Cf. informação de Cysneiros, op. cit., p.67.

<sup>257</sup> Para Cysneiros, vários méritos decorreram da Lei 601, de 1850, quais sejam: a valorização da posse legítima, ao se adotar como critério para reconhecimento da propriedade particular a cultura efetiva; procedeu-se à revisão das concessões feitas em detrimento dos requisitos de aproveitamento efetivo, subordinando o título daí emergente à revisão e convalidação; estabeleceu-se um princípio de respaldo à legitimação do domínio das terras devolutas; previram-se o marginalismo e a intrusão, estipulando que, por princípio de cultura efetiva e morada habitual, não seriam tomados em consideração simples roçados; aboliu o sistema das concessões de favor, prevendo que elas só seriam adquiridas mediante compra; ampararam-se as instalações decorrentes de titulações vindas do período colonial, não descurando do sentido econômico emergente da imperatividade do reconhecimento; criou-se uma infra-estrutura administrativa visando proceder a essa regularização; estabeleceram-se as condições de retorno ou devolução dos bens caducos pelo mau uso ou negligência; deflagrou-se o processo discriminatório, embora não como nos moldes atuais, op. cit., p. 71.

Com a proclamação da República, a Constituição de 1891 transferiu aos Estados o domínio e a competência para regular as questões fundiárias, mantendo o Governo Federal apenas o controle e reserva das terras devolutas situadas na faixa de fronteiras e terrenos de marinha. Todavia, manteve o direito de propriedade em toda sua plenitude, ressalvada a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia (§ 17, art. 72).

A Constituição de 1934, embora tenha vigorado somente até 1937, trouxe relevantes inovações, principalmente no campo da ordem econômica e da social, que se mantiveram e aperfeiçoaram nos Textos Constitucionais posteriores<sup>258</sup>. Sofreu influências da Constituição alemã de Weimar (1919) e da republicana espanhola de 1931. Em um título exclusivo cuidou da ordem econômica e social, em que foram traçados lineamentos fundamentais para o exercício do direito de propriedade, em concordância com o interesse coletivo e da economia nacional. Consagrou a idéia da função social da propriedade, ao estabelecer que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social, ou coletivo, na forma que a lei determinar (art. 113, n. 17). Previu a usucapião especial ou *pro labore* (art. 125), com prazo menor (10 anos) para aqueles que, não sendo proprietários rurais nem urbanos, ocupassem determinada área de terra, tornando-a produtiva por seu trabalho e nela habitassem.

A Carta de 1937 assegurou o direito de propriedade (art. 122, item 14), salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização. Nesse período, adveio a legislação básica, até hoje em vigor, sobre

---

<sup>258</sup> Cf. observado por Luiz Roldão de Freitas Câmara, O Estatuto da propriedade perante novo ordenamento constitucional brasileiro, Revista de Direito Civil, v. 64, p. 53.

desapropriações, que é o Decreto-lei nº 3.365/1941, e foi instituída a proteção do patrimônio histórico, artístico e paisagístico, pelo Decreto-lei nº 25/1937.

A Constituição de 1946 declarou, em seu art. 147, que o uso da propriedade “será condicionado no bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com oportunidade para todos”.

A Reforma Constitucional de 1967, em seu art. 157, considerou certos princípios essenciais à realização da justiça social, tais como a liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, a função social da propriedade, a harmonia e a solidariedade entre os fatores de produção, o desenvolvimento econômico e a repressão ao abuso do poder econômico. Tudo isto estava compreendido em um complexo de limitações ao direito de propriedade, polarizadas na tutela de conveniências diversas dos direitos do dono, sob a inspiração do interesse público. Igual tendência subsiste no art. 160 da Reforma de 1969<sup>259</sup>.

A Constituição Federal de 1988 garantiu o direito de propriedade no Capítulo que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em seu art. 5º, inc. XXII, desde que atenda sua função social (inc. XXIII), a qual constitui princípio em que se baseia a ordem econômica (inc. II, art. 170).

Quanto ao Código Civil vigente, estabeleceu-se, em seu art. 1.228, que 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. Mas fixou-se que esse direito deve ser exercido em consonância com as

---

<sup>259</sup> Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito civil*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 1995, p. 79-80.

finalidades econômicas e sociais da propriedade e, ainda, 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 (§ 1º). Atos que não importem em trazer ao proprietário comodidade ou utilidade e sejam animados pela intenção de prejudicar terceiro, também não podem ser praticados (§ 2º).

Entende o Superior Tribunal de Justiça que o uso do solo urbano se submete aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer<sup>260</sup>.

Segundo afirma Trabucchi<sup>261</sup>, de certo modo os legisladores e os aplicadores da lei em todo o mundo mostram-se propensos a atenuar a rigidez do direito de propriedade, tanto que crescem os processos expropriatórios, sujeitando a coisa à utilidade pública e aproximando-a do interesse social. O uso da propriedade predial exige uma conciliação entre as faculdades do dono e o interesse do maior número de pessoas; reduz-se a liberdade de utilização e de disposição de certos bens; a comercialidade de algumas utilidades se sujeita a severa regulamentação; proíbe-se o comércio de determinadas substâncias no interesse da saúde pública; obriga-se o dono a destruir alguns bens em certas condições.

---

<sup>260</sup> STJ, 2ª T., Rec. MS 8766-PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, v.u., j. 6.10.1998, DJU 17-5-1999, p. 150.

<sup>261</sup> *Instituzioni*, p. 381. *Apud* Caio Mário, op. cit., p. 85.

### 1.2.1.2 - Objeto

Não obstante a Constituição Federal de 1988 utilizar o termo propriedade de forma ampla, abrangendo qualquer espécie de bem aferível patrimonialmente, incluindo os incidentes sobre os direitos pessoais, corpóreos e incorpóreos, de conteúdo patrimonial, não o restringindo ao direito real, o Código Civil de 2002 adotou o termo propriedade para exprimir a relação existente entre pessoa e coisa corpórea, certa, determinada e tangível.

Em relação às produções do espírito, tais como os direitos autorais e também a propriedade industrial, discute-se se tais obras seriam objeto de uma forma especial de propriedade (propriedade literária, artística, científica e industrial).

Para Martín Wolff<sup>262</sup>, só as coisas corpóreas são objeto da propriedade, não o sendo os bens imateriais, assim como os direitos, incluindo-se os direitos que se equiparam à propriedade imóvel.

Também para Edmundo Gatti<sup>263</sup>, nada mais errôneo do que considerar a propriedade intelectual um direito real; afirma ele que os direitos intelectuais constituem uma categoria independente de direitos, uma terceira espécie de direitos patrimoniais ao lado dos pessoais e dos reais.

Lafayette<sup>264</sup> entende que o direito de propriedade, em sentido genérico, abrange todos os direitos que formam o patrimônio, isto é, todos os

---

<sup>262</sup> *In Derecho de cosas: posesión, derecho inmobiliario propiedad*, 3. ed. al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1971, v. 1, p. 330

<sup>263</sup> *In Teoria General de los derechos reales*, 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980, p. 87.

<sup>264</sup> *In Direito das coisas*. 6. ed., adaptação ao Código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 76-78.

direitos que podem ser reduzidos a um valor pecuniário. Reconhece, todavia, que, ordinariamente, o direito de propriedade é tomado em sentido mais restrito, compreendendo tão-somente o direito que tem por objeto direto ou imediato as coisas corpóreas. Lembra que nesta concepção, dá-se-lhe geralmente o nome de domínio, expressão consagrada por monumentos legislativos antiqüíssimos, significando o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios.

Pontes de Miranda<sup>265</sup>, concordando com Gierke, admite a propriedade de direitos, afirmando que, em sentido amplíssimo, a propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial, incluindo o crédito. Já, em sentido amplo, a propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas, o que inclui as coisas incorpóreas e os bens imateriais, tais como os artísticos, literários e científicos, bastando para tanto que sejam disciplinados por regras do direito das coisas.

Em sentido divergente, afirma Ruggiero<sup>266</sup> que a natureza do direito do autor não se presta a incluí-lo sob o conceito de propriedade; que a obra intelectual não é protegida nem regulada pelas mesmas regras do direito de propriedade, pertencendo aos seus autores, e que, somente por analogia, pode ser chamada de propriedade. Conclui que melhor seria designar o direito do autor como direito patrimonial de natureza real, com características particulares, o que o diferencia de todos os outros.

Afirma Cunha Gonçalves<sup>267</sup> que a propriedade, em regra, só pode ter por objeto coisas materiais certas e determinadas, móveis, imóveis e

---

<sup>265</sup> *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 1, p. 9.

<sup>266</sup> *Instituições de direito civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, v. 2, p. 462. *Apud* José Rodrigues Arimatéa, op. cit., p.34-35.

<sup>267</sup> Op. cit., p. 69.



semoventes, em especial a terra. Mas que também são objeto de propriedade os direitos reais (ou propriedades imperfeitas); as universalidades de direito ou de fato (p. ex., uma herança; uma coleção); e o semi-imóveis (p. ex., navios e aeronaves). Acrescenta que podem, ainda, ser objeto da propriedade as coisas incorpóreas, quer materializadas (p. ex., créditos convertidos em títulos de crédito), quer imateriais (p. ex., direitos de autor ou propriedade literária e artística).

A propriedade intelectual tem por objeto todas as obras ou produções intelectuais originais (literárias, científicas e artísticas), seja qual for o modo ou a forma da produção ou publicação (impressa, gravada, pintada) ou o meio de transmissão ou reprodução (gravada, filmada), não proibidas por lei<sup>268</sup>.

O direito de propriedade também pode ter por objeto um grupo de coisas incorpóreas denominado propriedade industrial, abrangendo, por exemplo, as invenções<sup>269</sup>, os modelos de utilidade<sup>270</sup>, os modelos e desenhos

---

<sup>268</sup> Cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 80. A Lei nº 9.610, de 19-2-1998, consolidou a legislação sobre direitos autorais. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (p. ex., textos de obras literárias, artísticas ou científicas; conferências; obras dramáticas; obras coreográficas; composições musicais; obras audiovisuais, etc.), cf. seu art. 7º. Nos termos do art. 22 da Lei nº 9.610/1998, pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou. Quanto à sua transferência, estabeleceu-se que eles poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito (art. 49, Lei nº 9.610/1998).

<sup>269</sup> Diz-se patente o documento ou título pelo qual o Governo de cada país garante ao inventor a exploração exclusiva da sua invenção durante certo período. A invenção é a criação ou descoberta, mediante esforços intelectuais e experiências ou investigações, ou por acaso, de qualquer mecanismo, aparelho, ferramenta, utensílio, processo ou meio ignorados, ou de aplicação nova de meios ou processos conhecidos, ou de aperfeiçoamento ou melhoramentos de inventos anteriores, que sejam susceptíveis de industrialização, cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 83. Para a Lei n. 9.279, de 14-5-1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (art. 8º).

<sup>270</sup> Consistem nos modelos de ferramentas, utensílios, vasilhame e demais objetos destinados a uso prático, ou os de qualquer parte deles que, por nova forma, disposição ou novo mecanismo, aumente ou melhore as condições de aproveitamento de tais objetos, cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 86. É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação (art. 9º, Lei nº 9.279/1996).

industriais<sup>271</sup>, as marcas de indústria e comércio<sup>272</sup>, os nomes de estabelecimentos<sup>273</sup>.

Observa Rodrigues Arimatéa<sup>274</sup> que a propriedade de coisa corpórea não tem o mesmo conteúdo que a propriedade de coisa incorpórea ou imaterial. A noção de propriedade pode ser estendida às coisas incorpóreas, mas a disciplina jurídica não será a mesma, já que os conteúdos dos direitos são diversos. Aliás, a disciplina jurídica da propriedade imaterial no Brasil é regida por lei especial, exatamente porque o conteúdo desse direito é mais dinâmico que o conteúdo do direito de propriedade das coisas corpóreas, o que exige soluções legislativas mais céleres em razão das constantes mudanças sociais.

Para Luiz Guilherme Marinoni<sup>275</sup>, a doutrina moderna tende a associar a idéia de bem imaterial à de bem intelectual, falando de uma categoria

---

<sup>271</sup> São considerados modelos industriais os moldes, as formas, os padrões, os relevos e demais objetos que sirvam de título na fabricação de um produto industrial, definindo-lhe a forma, as dimensões, a estrutura ou a ornamentação. Consideram-se desenhos industriais as figuras, pinturas, fotografias, gravuras ou qualquer combinação de linhas ou cores, aplicadas com fim comercial à ornamentação de um produto, por qualquer processo manual, mecânico ou químico, cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 87. A Lei nº 9.279/1996 considerou como desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial (art. 95).

<sup>272</sup> Diz-se marca um sinal ou conjunto de sinais nominativos, figurativos ou emblemáticos que, aplicados por qualquer forma a um produto ou ao seu invólucro, o fazem distinguir de outros idênticos ou semelhantes. Marca industrial é aquela com que o industrial, o agricultor ou o artífice assinalam os seus produtos; e marca comercial aquela com que o comerciante assinala os produtos do seu comércio, ainda que seja outro o produtor, cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 88. Para os efeitos da Lei nº 9.279/1996, considera-se marca de produto ou serviço aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa (art. 123, inc. I); marca de certificação aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada (inc. II); marca coletiva aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade (inc. III). São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais (art. 122).

<sup>273</sup> Os produtores, industriais e comerciantes têm o direito de adotar o nome e a insígnia para designar ou tornar o seu estabelecimento conhecido. Considera-se insígnia do estabelecimento qualquer sinal externo composto de figuras ou desenhos, contanto que, no conjunto, constituam elemento distintivo e característico. O nome e a insígnia de um estabelecimento diferem da marca registrada, já que esta última serve para distinguir os produtos, enquanto as primeiras individualizam o estabelecimento, sendo apostos em tabuletas, bandeiras, fachadas e nos papéis de correspondência e propaganda, cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 91.

<sup>274</sup> Op. cit., p. 35.

<sup>275</sup> Marca comercial, direito de invento, direito autoral, etc. Improriedade do uso das ações possessória, cominatória e cautelar. Cabimento da ação inibitória, Revista dos Tribunais v. 768, p. 23

de bens intelectuais ou imateriais, mas é a norma jurídica que, atribuindo a certa realidade relevância jurídica, determina se uma criação intelectual (vista como categoria da realidade humana e social, prejudicial) apresenta-se como bem intelectual, constituindo uma categoria jurídica e, desta forma, bem imaterial. Nessa perspectiva, os bens imateriais estariam restritos às criações intelectuais tomadas em consideração pelo direito, incluindo-se aí a marca comercial.

Marinoni<sup>276</sup> afirma ser possível estabelecer uma distinção entre propriedade e domínio, tomando-se o conceito de propriedade em sentido mais abrangente, para nele incluir a propriedade literária, científica e artística, ou mesmo industrial, ou, ainda, a propriedade sobre a marca comercial. Todavia entende não ser correto definir o direito sobre coisas incorpóreas como direito de propriedade, pois propriedade é o mesmo que domínio, e este não vai além das coisas corpóreas.

#### Ressalta que

a definição do direito sobre coisas incorpóreas como direito de propriedade requer algumas considerações, não sendo possível admitir, em face da natureza das coisas incorpóreas, que não se apresentem distinções de grande relevância entre a então chamada propriedade imaterial e a propriedade das coisas materiais, que seria denominada de domínio, assim considerado o direito de propriedade em seu sentido restrito, abrangendo somente as coisas corpóreas. [...] Dessa forma, ainda que se fale de "propriedade imaterial" é preciso observar que a ela não se aplica o regime jurídico da propriedade corpórea. [...] É evidente que as chamadas propriedades literária, artística e científica não possuem as mesmas características da propriedade corpórea. Fala-se, por isso mesmo, em propriedade *sui generis*, em quase propriedade. [...] não é pela circunstância de alguém qualificar o direito sobre a coisa incorpórea como propriedade, conforme um determinado critério terminológico, que desaparecerão as importantes diferenças entre a denominada "propriedade imaterial" e a propriedade das coisas corpóreas. [...] Melhor seria tomar-se as expressões propriedade e domínio como sinônimas, não admitindo-se, como faz parte da doutrina, o emprego da expressão "propriedade" para designar o direito sobre os bens imateriais, explicando-se o fenômeno da propriedade

---

<sup>276</sup> Op. cit., p. 24.

incorpórea como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade. [...] Como está claro, não é pela circunstância de alguém qualificar o direito sobre a coisa incorpórea como propriedade, conforme um determinado critério terminológico, que desaparecerão as importantes diferenças entre a então denominada "propriedade imaterial" e a propriedade das coisas corpóreas<sup>277</sup>.

Conclui afirmando que não há razão para se admitir o uso da ação possessória para a tutela do direito à marca, ou dos direitos autoral e de invento. A posse é relacionada a uma coisa material, corpórea, tangível. O interdito proibitório foi utilizado para permitir a efetividade da tutela dos bens imateriais em razão de inexistir, no sistema processual, uma ação preventiva autônoma que pudesse colocar-se ao lado das tradicionais ações declaratória, condenatória e constitutiva. Atualmente a tutela destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito deve ser requerida por meio de ação inibitória, que pode ser cumulada com as ações de remoção do ilícito e ressarcitória, cada uma delas tendo seus pressupostos peculiares e suas próprias técnicas de tutela<sup>278</sup>.

Um bem imaterial, não obstante ser passível de domínio e propriedade, por ser inapreensível materialmente, não comporta posse, sendo-lhe inobservável o caráter de *ius possidendi*, também no entendimento de Ricardo Aronne<sup>279</sup>.

A 3ª Turma do STJ tem adotado o entendimento de que, sendo o direito autoral uma propriedade, é legítima a defesa de tal direito via ação de interdito proibitório<sup>280</sup>. E, ainda, a doutrina e a jurisprudência

---

<sup>277</sup> Op. cit., p. 24-25.

<sup>278</sup> Op. cit., p. 38.

<sup>279</sup> *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 127.

<sup>280</sup> STJ, REsp 41.813-RS, rel. Min. Cláudio Santos, m. v., DJ 20-2-1995, p. 3178. No mesmo sentido do voto do Min. Ribeiro Costa no RE 14.144, For. 128/427. Votaram vencidos os eminentes ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Também: "Civil. Processual civil. Direito de uso de linha telefônica. I – O direito de uso de

assentaram entendimento segundo o qual a proteção do direito de propriedade, decorrente de patente industrial, portanto bem imaterial, no nosso direito pode ser exercida por meio das ações possessórias. O prejudicado, em casos tais, dispõe de outras ações para coibir prejuízos resultantes de contrafação de patente de invenção e deles ressarcir-se. Entretanto, tendo o interdito proibitório índole eminentemente preventiva, inequivocamente é ele o meio processual mais eficaz para fazer cessar, de pronto, a violação daquele direito<sup>281</sup>.

Já a 4ª Turma tem decidido ser incabível o uso do interdito proibitório, pois o direito do autor, por não recair sobre coisa corpórea, não pode ser turbado ou esbulhado, apenas exercido indevidamente por outros, em simples concorrência, o que constitui ofensa à exclusividade ou monopólio, porquanto só o titular pode beneficiar-se economicamente com ele, mas defensável por meio de outras vias que o sistema concede à defesa dos direitos<sup>282</sup>. E, também, que os direitos autorais não podem ser objeto de proteção possessória, uma vez que não se trata de coisa corpórea<sup>283</sup>.

Anota Marinoni<sup>284</sup> que a admissão do interdito proibitório pelos tribunais decorre da necessidade de se dar tutela preventiva a esses direitos, reconhecendo ser altamente discutível a tese da posse de bens incorpóreos, e que o uso do interdito proibitório para a tutela dos direitos de marca, de invento etc. deixava visível a inexistência de tutela adequada aos

---

linha telefônica pode ser adquirido por usucapião (Súmula nº 193). II – Recurso conhecido e provido” (REsp 85256/RJ (199600010790) RE 236251, 6-10-98, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 16-11-198, p. 85.

<sup>281</sup> STJ, 3ª T., REsp 7.196-RJ., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 10-6-1991, pub. DJ 5-8-1991, p. 9997. No mesmo sentido o então 1º TACSP decidiu que "Possessória - Interdito proibitório contra a ameaça de nova invasão de fábrica por integrantes do Sindicato dos trabalhadores, sob alegação do exercício de reivindicações trabalhistas. Nítida infração da lei civil. Ameaça caracterizada, até pelas invasões antecedentes perpetradas em situação idêntica. Recurso provido, para julgar a ação precedente", 8ª Câmara do 1º TACSP, Ap. nº 500.945-4, de Campinas, rel. Manoel Mattos, JTACSP v. 150, p. 98.

<sup>282</sup> STJ, REsp nº 89.171-MS (REG 96 118345), 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, JSTJ 12/320, RSTJ 131/54.

<sup>283</sup> STJ, 4ª T., REsp nº 65859, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 9-12-1997, p. 64707.

<sup>284</sup> Op. cit., p. 27.

direitos da personalidade, ou, ainda, fazia ver que o Código de Processo Civil somente podia responder em parte ao direito à tutela preventiva.

O Min. José Carlos Moreira Alves sustenta que as criações de espírito, entre elas a que dá origem ao direito autoral, não podem ser objeto de posse<sup>285</sup>. Arturo Valencia Zea<sup>286</sup> reforça que as coisas incorpóreas são insuscetíveis de proteção possessória, defendendo que se deve evitar estender a concessão de ação possessória a esses objetos imateriais. Em sentido contrário, Luís Diez-Picazo<sup>287</sup> considera serem os bens imateriais suscetíveis de posse, ainda que se trate de uma posse *sui generis*, sendo-lhes aplicáveis os preceitos da disciplina possessória.

Pondera, acertadamente, Vilson Rodrigues Alves<sup>288</sup> que, em nosso sistema de Direito positivo, não há que eliminar do conceito de propriedade o bem que vem da criação intelectual, seja no processo social artístico, seja no científico. Contudo, pondera que deve ser identificado o que, direito do autor, direito autoral, é de personalidade, e o que não o é.

Ao classificar o direito de propriedade, afirma ser ele direito real e que a mobilidade ou imobilidade, a corporalidade ou incorporeidade não são pertinentes, porque não se apresentam como características mínimas distintivas. Que há direito de propriedade sobre bem corpóreo móvel e sobre bem imóvel corpóreo, como há direito de propriedade sobre bens incorpóreos, móveis (é a regra) e imóveis (juridicamente v.g., a herança), por não se vislumbrar imóvel incorpóreo faticamente. Propriamente, o direito de

---

<sup>285</sup> *Posse II: estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, t. 1, p.155.

<sup>286</sup> *La posesión*, p. 54. *Apud* Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 26.

<sup>287</sup> *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, s/d. v.2, p. 125-126 e 500. *Apud* Marinoni, op. cit., p. 26.

<sup>288</sup> *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 62.

propriedade recai sobre o bem, coisa como objeto de direito e não sobre parte intelectual dele, hipótese de direito de co-propriedade<sup>289</sup>.

O Código Civil vigente não mais enquadrava os direitos autorais entre o direito das coisas. A matéria relativa à propriedade de bens incorpóreos vem regulamentada por leis especiais, dentre elas destacam-se a Lei nº 9.279/1996 – Marcas e Patentes-; a Lei nº 9.609/1998 – Programas de Computador-; a Lei nº 9.610/1998 – Direitos Autorais.

Não obstante as opiniões em contrário, entendemos que a propriedade, direito real por excelência, pode ter como objeto bens corpóreos ou incorpóreos, devendo ser distinguidos o direito autoral de personalidade (ou moral), elo irrenunciável, não-transmissível, fora de comércio, existente entre o autor e a sua produção, dos direitos autorais patrimoniais, que são passíveis de comercialização<sup>290</sup>.

Todavia, o regime jurídico aplicável à propriedade dos bens corpóreos não é o mesmo aplicável aos bens incorpóreos, devendo ser considerado seus conteúdos e características próprias. O regime jurídico de propriedade instituído no Livro III, Título III, do Código Civil, aplica-se aos primeiros (regulamentação da propriedade dos bens corpóreos); ao passo que a propriedade dos bens incorpóreos é regulada por outros dispositivos, previstos em leis especiais, que estabelecem regimes jurídicos próprios.

Em sendo os instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico para a defesa do direito de propriedade de bens incorpóreos

---

<sup>289</sup> Op. cit., p. 67.

<sup>290</sup> Nesse sentido, entre outros, Domenico Barbero, *in Sistema del Diritto Privato Italiano*, 6. ed., Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1962, v. 1, p. 811, e Paulo Nader, op. cit., p. 8-9.

insuficientes, ou, ainda, quando inexistir tutela adequada à sua defesa, no tocante ao seu aspecto patrimonial, devem ser aplicadas de forma subsidiária ou até mesmo supletiva as normas previstas no Código de Processo Civil, quer as relativas ao processo de conhecimento, quer as atinentes ao procedimento especial, mormente nos casos de ser necessária uma tutela preventiva ou de urgência.

É importante ressaltar que, no tocante à desapropriação por utilidade pública, havendo necessidade ou utilidade pública ou interesse social, ela poderá incidir sobre bens incorpóreos, não se limitando à propriedade de coisas tangíveis.

### **1.2.1.3 - Conceito e elementos**

Propriedade é tudo o que se tem como próprio, na definição ampla apresentada por Pontes de Miranda<sup>291</sup>.

Orlando Gomes<sup>292</sup> formulou seu conceito de propriedade à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Pelo critério sintético, define o direito real de propriedade como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, como sendo o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, como o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

---

<sup>291</sup> *Tratado de Direito Privado*, v. 11, p. 29. *Apud* Vilson Rodrigues Alves, op. cit., p. 48.

<sup>292</sup> *Direitos reais*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 97.



A doutrina civilística clássica do século passado via a propriedade como um direito real e absoluto sobre o bem da vida, de modo a afastar a ingerência de todo e qualquer indivíduo sobre ele. A partir do século XIX, começou a ser alterada essa conceituação, cindindo o direito de propriedade em dois aspectos, um interno e outro externo. O interno diz respeito à relação entre o indivíduo e o bem da vida; e o externo se refere à relação entre esse e os demais indivíduos da sociedade<sup>293</sup>.

Roberto Ruggiero<sup>294</sup> testilhou duas definições: a primeira atribuída a Filomusi, que conceitua a propriedade como o domínio geral e independente de uma pessoa sobre uma coisa, para fins reconhecidos pelo direito (lei) e dentro dos limites pelo direito estabelecidos; e a segunda, atribuída a Scialoja, que a conceitua como uma relação de direito privado, pela qual uma coisa como pertença de uma pessoa é completamente sujeita à sua vontade em tudo o que não seja vedado pelo direito público ou pela concorrência do direito alheio.

Antonio L. Sousa Franco e Guilherme d'Oliveira Martins<sup>295</sup>, afirmam que o direito de propriedade é consagrado no plano constitucional, como direito fundamental de apropriação dos bens de qualquer natureza (desde que apropriáveis) e como direito institucional de propriedade, pública, cooperativa e social ou privada, constituindo elemento integrante da organização econômica, como resulta do artigo 82º da Constituição portuguesa. Concluem, que pela incidência subjetiva, trata-se de um direito que a nenhum titular (cidadão, pessoas coletivas, estrangeiros e apátridas) pode deixar de ser reconhecido nem ser objeto de restrições fundadas na qualidade subjetiva do

---

<sup>293</sup> Cf. Cunha Gonçalves, op. cit., p. 53 e Ricardo Aronne, *in Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55-57.

<sup>294</sup> *Instituições de direito civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, p. 458. *Apud* Rodrigues Arimatéa, op. cit., p. 28.

<sup>295</sup> *A Constituição econômica portuguesa*. Coimbra, 1993, p. 168 e ss. *Apud* José Osvaldo Gomes, op. cit., p. 55.

titular (residência, nacionalidade, etc.). Quanto ao âmbito objetivo, compreende: direito à propriedade, isto é, o direito de apropriação de todos os bens aptos a tal, natural ou culturalmente, pelas formas legítimas de apropriação (aquisição originária ou derivada); direito de transmissão da propriedade por vida ou por morte ou expressa consagração, por conseguinte, da liberdade negocial sobre a propriedade e das formas de transmissão *mortis causa* designadamente a sucessão; direito de propriedade, isto é, a titularidade e uso dos bens apropriáveis conforme a respectiva função.

Na definição apresentada por Cunha Gonçalves<sup>296</sup>, o direito de propriedade é aquele que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce em coisa certa e determinada, em regra, perpetuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar.

Para Caio Mário<sup>297</sup>, a propriedade mais se sente do que se define, é direito real por excelência, ou direito fundamental. Fixa a noção em termos analíticos, dizendo que a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha.

Também Rodrigues Arimatéa<sup>298</sup> define o direito de propriedade como a faculdade de usar, gozar e dispor de uma coisa, de forma exclusiva e nos limites da lei. Acrescenta que o uso e o gozo da coisa não são absolutos, encontrando limitações de ordem privada e pública. A faculdade de disposição da coisa encontra restrições de ordem legal e judicial.

---

<sup>296</sup> Op. cit., p. 66.

<sup>297</sup> Op. cit., p. 89 e 91.

<sup>298</sup> Op. cit., p. 31.

Senise Lisboa<sup>299</sup> observa que o novo diploma civil preferiu utilizar-se da expressão propriedade, muito embora trate dela e da palavra domínio como sinônimas. Para ele a propriedade compreenderia tudo o que integra o patrimônio (noção mais ampla que a de domínio); já o domínio tem seu alcance limitado à propriedade de uma coisa corpórea. Domínio é a livre faculdade de usar e dispor de alguma coisa, podendo desmembrar-se conforme a maneira pela qual a atividade humana é exercida sobre os bens corpóreos<sup>300</sup>.

Na visão de Gustavo Tepedino<sup>301</sup>, a propriedade pode ser estudada em dois aspectos, o estrutural e o funcional. Ressalta que o então art. 534 do Código Civil evitou defini-la, dispondo apenas sobre os poderes do titular do domínio, fixando seu aspecto interno ou econômico, composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor, caracterizadores do senhorio; e outro externo, o aspecto propriamente jurídico da estrutura da propriedade, traduzido na faculdade de exclusão de ingerências alheias.

Acrescenta que:

Estes dois aspectos, o interno e o externo, compõem a estrutura da propriedade, o seu aspecto estático. Já o segundo aspecto, mais polêmico, é alvo de disputa ideológica, refere-se ao aspecto dinâmico da propriedade, à função que desempenha no mundo jurídico e econômico a chamada função social da propriedade.

---

<sup>299</sup> Op. cit., p. 169.

<sup>300</sup> Afirma que integram a noção de domínio: a posse da coisa; o poder de dar uma destinação à coisa; a percepção dos frutos e rendimentos; o poder de transformar a coisa; o direito à substância da coisa; a defesa da propriedade; o direito à indenização por eventuais danos causados à propriedade, op. cit., p. 169-170.

<sup>301</sup> Contornos constitucionais da propriedade privada. *In Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 311.

Para Sérgio de Andréa Ferreira<sup>302</sup>, a expressão direito de propriedade admite um sentido *lato* e um sentido estrito. No primeiro, é qualquer direito de conteúdo econômico, qualquer direito que tenha por objeto bens econômicos, isto é, com valor pecuniário. O direito de propriedade *lato sensu* é o direito patrimonial, daí existirem direitos de propriedade, ao invés de um direito de propriedade. *Stricto sensu*, o direito de propriedade é o domínio, a propriedade real, o mais amplo dos direitos reais.

Buscou Ricardo Aronne<sup>303</sup> reconceituar propriedade e domínio no sentido de reorientar os direitos reais pelos valores constitucionais. Critica a visão eminentemente privatista da doutrina majoritária, que ainda trata a propriedade como um direito absoluto, afirmando que tal entendimento não corresponde à realidade da sociedade e do sistema jurídico que a regula. No que se refere ao domínio defende ser necessário reconhecer sua autonomia, registrando que a doutrina civilista clássica normalmente o identifica de forma integral com propriedade ou o aponta como sendo o direito de propriedade referente a bens materiais.

Mesmo afirmando que os conceitos de domínio e propriedade são complementares e não excludentes; que eles se interligam; e que, com base no princípio da elasticidade, ambos se atraem, entende Ricardo Aronne<sup>304</sup> que eles não se confundem.

---

<sup>302</sup> *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 3. Também para Dâmares Ferreira, a Constituição Federal de 1988 consagrou a tese segundo a qual a propriedade não tem apenas um formato, mas múltiplas são suas modulações pelo ordenamento jurídico, conforme os diversos tipos de bens e sujeitos titulares existentes, podendo-se falar na existência de propriedades e não propriedade. O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988, in *Revista Eletrônica Informa* v. 3, ed. 40, Prolink.

<sup>303</sup> Op. cit., p. 2-3.

<sup>304</sup> Idem, p. 73, 75, 83-85, 91-93, 116.

Faz referência ao texto do art. 527 do Código Civil de 1916<sup>305</sup>, afirmando que ela positiva um dos mais relevantes princípios jurídicos que orientam a disciplina dos direitos reais, que é o princípio da exclusividade do domínio; que tal princípio é densificador do princípio da unidade do domínio. Daí que, na medida em que o domínio é uno, ele não admite a superposição de seus caracteres<sup>306</sup>. Acrescenta que:

A razão de tal normatividade se mostra simples: o objeto não pode suportar a coexistência de faculdades da mesma espécie sobre si, eis que [sic] o domínio, em toda extensão do bem, é uno e indivisível, de modo a que não existam dois *jus fruendi*, dois *jus disponendi*, dois *jus utendi*, etc.[...] No bem onde recai gravame de usufruto, por exemplo, em favor de outrem, este não pode ser gravado novamente com novo usufruto, enquanto aquele primeiro ainda existir<sup>307</sup>.

Exemplifica que relativamente a um condomínio de proprietários de coisa indivisa, no qual cada um possui 50% da titularidade do bem, é correto dizer que cada um dos condôminos possui 50% da propriedade, sem prejuízo da unidade do domínio. No tocante à administração e às divisões, vislumbra-se a proporcionalidade dos quinhões dos respectivos proprietários da coisa. Quanto ao exercício das faculdades dominiais, por todos e por cada um, de uso, fruição, disposição, ele se dará em toda a extensão do bem e em sua integralidade, visto que o domínio é uno e indivisível. Cada condômino pode exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão. Quando os sujeitos usam concomitantemente ou isoladamente o bem, usam-no em sua integralidade, porque não existem dois *jus utendi*, por exemplo, um de cada um incidindo sobre o bem. O domínio de todos se exerce na integralidade da coisa, ainda que plural. Quando um dos condôminos vende sua parcela na propriedade indivisa, o

---

<sup>305</sup> Que assim dispunha: "O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário". O dispositivo vigente (art.1.231, CC), ao contrário, prevê que "A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário".

<sup>306</sup> Op. cit., p. 68.

<sup>307</sup> Op. cit., p. 69 e 71.

adquirente não possui o direito de propriedade como um todo, mas exerce o domínio na integralidade, na qual todos os condôminos concorrem no exercício do uso, gozo e disposição do bem. Já a propriedade se mostra divisível, pois, quando vislumbrada a co-propriedade, pode ser precisado o quanto de tal direito é de cada um, podendo o direito de um sujeito se sobrepor ao do outro<sup>308</sup>.

E, ainda, que, quando o promitente vendedor e o promitente comprador firmam a promessa irrevogável de compra e venda, desde já, em face do contrato, via de regra, a posse do bem é transmitida ao promitente comprador. Quando o promitente comprador termina de pagar o preço convencionado, quitando-o, adquire o domínio. Contudo, até a transcrição do imóvel para o nome do promitente comprador, ele não tem a condição de proprietário, não titularizando a propriedade do bem<sup>309</sup>.

Segundo o autor, o domínio tem por objeto uma coisa e suas faculdades, não tendo um sujeito passivo; já a propriedade tem por objeto uma prestação, possui sujeito passivo e não é de natureza real. Aponta que aí está o ponto-chave da "repersonalização" buscada, em que se funcionaliza o direito real, pela via de seu instrumentalizador. Há um direito material de abstenção universal. Portanto, quando terceiro foge de tal abstenção, o titular pode opor seu direito determinadamente contra ele. A pretensão do titular existe sempre, porém nem sempre é resistida para poder traduzir interesse de agir<sup>310</sup>.

Cita que Karl Larenz demonstrou que a propriedade traduz uma relação jurídica entre pessoas (cuja coisa é objeto e a pretensão, abstenção)

---

<sup>308</sup> Op. cit., p 71-73.

<sup>309</sup> Quem titulariza a propriedade é o promitente vendedor.

<sup>310</sup> Do direito subjetivo de propriedade decorre pretensão de abstenção, que se faz resistida consubstanciando a ação, de modo a poder o titular opor "ação" para assegurar seu direito subjetivo. Quando inexistente pretensão resistida a formar a lide, o que falta ao titular do direito de propriedade não é a oponibilidade *erga omnes*, e sim a falta de interesse de agir. Op. cit., p. 91-92.

e que a propriedade existe em função do domínio, uma vez que visa reservar a coisa para o domínio efetivo do proprietário, reservando-a de ingerência de outros, por meio de sua oponibilidade *in personam*<sup>311</sup>.

Argumenta que o domínio se constitui de um conjunto de faculdades no bem, ou poderes imediatos do sujeito sobre o bem, podendo ser variável, consoante as possibilidades de relação que o indivíduo poderá ter com o bem da vida. Concebe o domínio como a soma do *jus utendi, fruendi e disponendi*, ou seja, o conjunto de faculdades do indivíduo no bem, em razão de sua satisfação, em plena vinculação com os anseios e necessidades coletivas<sup>312</sup>.

Já quanto à propriedade, entende que ela instrumentaliza o domínio, no sentido de fazer nascer a obrigação de não ingerência dos demais, obrigação esta não natural do domínio. Na transcrição, publiciza-se o domínio, só então nascendo o direito de propriedade e, portanto, a obrigação passiva universal<sup>313</sup>.

Lembra, ainda, que a propriedade não se compõe apenas de obrigação negativa: apresenta também obrigações positivas, as quais têm como sujeito passivo, o proprietário. Consistem elas em obrigações de fazer que decorrem do princípio da função social, cuja abstenção do proprietário caracteriza inadimplemento, podendo levar ao extremo da perda do bem da vida. Por isso, entende que não mais se deve afirmar que a propriedade é absoluta, uma vez que tais limites vinculam materialmente o proprietário, que não poderá

---

<sup>311</sup> Cf. Ricardo Aronne, op. cit., p. 93.

<sup>312</sup> Aduz que o domínio é um direito real complexo, por congregar diversos direitos subjetivos *in re*, que perfazem direitos próprios passíveis de destaque ante o princípio da elasticidade que permite o desdobramento do domínio. Desses desdobramentos surgem novos regimes de titularidades (portanto intersubjetivos) integrativos do direito das coisas. É tido como direito real nuclear em face de que os outros direitos reais nascem de seus desdobramentos. Ao domínio consolidado corresponderá a propriedade plena, e ao domínio desdobrado, a propriedade limitada no regime das titularidades. Op. cit., p. 117-118, 128-130 e 133.

<sup>313</sup> Op. cit., p. 179.

negligenciar o bem da vida que possui, sem aproveitá-lo razoavelmente, abandonando-o, sob pena de perder a propriedade por *dominus negligente*<sup>314</sup>.

Defende que não merece guarida no sistema a propriedade que não seja funcionalizada, já que a propriedade se justifica por sua função, no concurso dos princípios que se relativizam sem se anularem. E que funcionalizar a propriedade não se confunde com referir que ela seja uma função<sup>315</sup>.

Aduz que os direitos reais se instrumentalizam pela via obrigacional. Entende por instrumentalização não só sua oponibilidade, que é de ordem pessoal, mas também sua circulação, ou seja, modificação, transferência, aquisição, ou outros modos. E que a propriedade é um direito pessoal que instrumentaliza um direito real.

Daí afirmar que a propriedade se constitui de um direito, não absoluto, funcionalizado, e de natureza obrigacional, sendo efetivamente instrumental ao domínio, esse, sim, instituto de natureza real<sup>316</sup>.

De todo o exposto, pode-se afirmar que a propriedade é um direito complexo, assegurado a todos pela Constituição Federal, como garantia fundamental, apresentando um elemento interno, representado pelos poderes ou faculdades que o seu titular exerce sobre o bem (usar, gozar e dispor), e, um elemento externo, consistente no poder de excluí-lo da ingerência de qualquer terceiro.

---

<sup>314</sup> Idem, p. 180-182.

<sup>315</sup> Op. cit., p. 184-185.

<sup>316</sup> É de natureza substancial, material, já que oponível contra os demais indivíduos, quando violada a respectiva pretensão, assim como exigível, quando inadimplidas as obrigações positivas em que implica, por quem tenha legitimidade a fazê-lo. É um direito pessoal que instrumentaliza um direito real, op. cit., p. 185-186, 190.



O Código Civil, em seu art. 1.228, não conceituou o direito de propriedade; estabeleceu, contudo, as faculdades que são outorgadas a seu titular (ou, se adotados os ensinamentos acima, os elementos do domínio), quais sejam: o uso (*jus utendi*), o gozo (*jus fruendi*), a disposição dos bens (*jus abutendi*) e a possibilidade de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua ou detenha.

O direito de usar compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisa e auferir-lhe os produtos. O direito de dispor consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem<sup>317</sup>.

Leciona Sá Pereira<sup>318</sup> que o direito de usar compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem modificar-lhe a substância (quando se habita uma casa; quando se planta em um campo), o que supõe a dominação direta da coisa, a ação material sobre a coisa, ressalvando que esse direito pode sofrer restrição. O direito de gozar consiste em fazer a coisa frutificar e perceber-lhe os frutos. Quanto ao direito de dispor, elemento constitutivo do direito de propriedade apontado como mais importante, considera que o termo *abusus* refere-se às coisas que se consomem pelo uso, ao direito de usar dessas coisas até consumi-las, não encerrando qualquer faculdade anti-social<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Cf. Washington de Barros Monteiro, exemplificando que usar de uma casa é habitá-la; dela gozar, alugá-la; dela abusar ou dispor, demoli-la ou vendê-la. Usar de um quadro é empregá-lo na ornamentação da casa; dele gozar, exibi-lo em exposição a troco de dinheiro; dele dispor, destruí-lo ou aliená-lo, op. cit., p. 85.

<sup>318</sup> Op. cit., p. 16-20.

<sup>319</sup> No mesmo sentido Lafayette, para quem o *ius abutendi*, no sentido de *disponendi*, envolve a disposição material que raia pela destruição (De Page) como a jurídica, isto é, o poder de alienar a qualquer título; consumir a coisa, transformá-la, alterá-la; significa ainda destruí-la, mas somente quando não implique procedimento anti-social. Em suma: dispor da coisa vai dar ao fato de atingir a sua substância, uma vez que no direito a esta reside a essência mesma do domínio. *Apud* Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., p. 70.

Para Caio Mário<sup>320</sup>, o direito de propriedade compreende o *ius utendi, fruendi et abutendi*. Usar não é somente extrair efeito benéfico, mas também ter a coisa em condições de servir. Seu uso está subordinado às normas de boa vizinhança e às suas finalidades econômicas e sociais; é incompatível com o abuso do direito de propriedade (v. §§ 1º e 2º do art. 1.228 do CC). O Direito de gozar se realiza com a percepção dos frutos, sejam os que da coisa naturalmente advêm, sejam os frutos civis. O direito de dispor é a mais viva expressão dominial, já que atinge a substância do bem, apontando como exceção a propriedade resolúvel. Ao titular do direito também é conferido o poder de reaver o bem de quem quer que o possua injustamente ou o detenha sem título.

Complementa Nelson Rosenvald<sup>321</sup> que o direito de usar é a faculdade do proprietário de servir-se da coisa de acordo com sua destinação econômica; não prescreve pelo seu não-uso, salvo se a posse prolongada de terceiro pelos prazos legais provocar mutação subjetiva do domínio ou se seu uso se mostrar anti-social. O direito de gozar consiste na exploração econômica da coisa, mediante a extração de frutos e produtos<sup>322</sup>. Já o direito de dispor deve ser entendido como a faculdade que tem o proprietário de alterar a própria substância da coisa. Essa disposição pode ser material ou jurídica<sup>323</sup>.

De forma diversa, entende Rodrigues Arimatéa<sup>324</sup> que o direito de uso é a faculdade conferida ao *dominus* de colher da coisa todos os

---

<sup>320</sup> Op. cit., p. 92-95.

<sup>321</sup> Op. cit., p. 20-23.

<sup>322</sup> Cf. o art. 1.232 do Código Civil, que dispõe que o proprietário faz jus tanto aos frutos (aqueles que se renovam), quanto aos produtos (aqueles que não são renováveis), que constituem bens acessórios e, portanto, seguem o principal (art. 92 do CC). Tem também direito às pertencas (art. 93 do CC), que, apesar de não constituírem parte integrante da coisa, pois possuem autonomia, se destinam de modo duradouro ao uso, serviço ou aformoseamento de outro bem; são consideradas imóveis por acessão intelectual.

<sup>323</sup> A disposição material se dá quando o proprietário pratica atos físicos que importam em perda da propriedade (art. 1.275, III e IV, do CC – abandono e perecimento da coisa). A disposição jurídica pode ser de caráter total (venda ou doação) ou parcial (instituição de ônus reais sobre o bem – hipoteca ou usufruto).

<sup>324</sup> Op. cit., p. 54-56.

frutos que ela possa oferecer-lhe, sem modificar sua substância ou qualidade. É o direito de colher os frutos civis ou naturais da coisa. Já o direito de gozo contém o direito de uso, pois quem exerce o gozo da coisa, necessariamente, está usando-a. O direito de gozo é mais amplo que o direito de uso, pois chama a si a faculdade de fazer a coisa frutificar ou de deixá-la ociosa, desde que isso não contrarie o interesse coletivo. O uso e o gozo podem ser conferidos a terceiros, mas a disposição é exclusiva do proprietário, que, no entanto, poderá fazer-se representar por procurador legalmente habilitado. A disposição contempla a possibilidade de destruição da coisa, se não houver vedação legal ou do interesse comum (p. ex. tombamento), e não somente os poderes de doação, venda, troca, transformação ou alteração; está contida no poder de disposição a faculdade de colocar a coisa a serviço de terceiro ou gravá-la com ônus, como é o caso da hipoteca. Finalmente, que o direito de seqüela é o direito de perseguir a coisa em poder de quem a detenha injustamente.

O direito de reivindicar consiste na faculdade de excluir terceiros de indevida ingerência sobre o bem, permitindo que o proprietário mantenha sua dominação sobre ele.

Quando todos esses direitos elementares se acham reunidos em favor de um único titular, diz-se que a propriedade é plena; e é limitada, quando se desmembra um desses atributos, conferindo-o a uma terceira pessoa, tal como ocorre ante a existência de um ônus real, ou nos casos de propriedade resolúvel<sup>325</sup>. Nos termos do art. 1.231 do Código Civil, a propriedade presume-se plena e exclusiva até prova em contrário.

---

<sup>325</sup> No direito português propriedade perfeita é a que consiste na fruição de todos os direitos, contidos no direito de propriedade; propriedade imperfeita é a que consiste na fruição de parte desses direitos, cf. Osvaldo Gomes, op. cit., p. 56.

#### 1.2.1.4 - Função social

Na visão do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>326</sup>, existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las.

Para o direito de propriedade, a satisfação do interesse de outrem significa exercê-lo para a satisfação pessoal do proprietário, mas também exercê-lo de acordo com o fim esperado pela coletividade. A propriedade inútil não atende os interesses coletivos. É dever do titular do direito de propriedade exercê-lo de acordo com o interesse social, que é aquele que visa a proporcionar o bem-estar e o desenvolvimento de um grupo de pessoas sujeito a uma determinada ordem jurídica<sup>327</sup>.

Explica Tércio Sampaio Ferraz<sup>328</sup> que as expressões "fins sociais" e "bem comum" são entendidas como sínteses éticas da vida em comunidade. Sua menção pressupõe uma unidade de objetivos do comportamento social do homem. Os "fins sociais" são ditos do direito.

Ao tratar da propriedade, Martín Wolff<sup>329</sup> afirma que, no conteúdo desse direito, há um núcleo positivo (prática, pelo proprietário, nos limites da lei, de atos de senhorio) e um negativo (direito de excluir intromissões de outrem), que coexistem com o dever do exercício pelo titular do direito, que

---

<sup>326</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 29.

<sup>327</sup> Nesse sentido Rodrigues Arimatéa, op. cit., p. 49-50.

<sup>328</sup> *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 265.

<sup>329</sup> *Apud* Roger Raupp Rios, A função social da propriedade e desapropriação para fins de reforma agrária, *in* *Desapropriação e reforma agrária: função social da propriedade, devido processo legal, desapropriação para fins de reforma agrária, fases administrativa e judicial, proteção ao direito de propriedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 19.

atenda aos interesses sociais. Ressalta que essa obrigação não é um limite ou gravame imposto de fora para dentro, mas correlativo necessário das atribuições do proprietário, formando parte do conteúdo da propriedade. E que a norma que determina a função social da propriedade se dirige diretamente ao proprietário e o obriga a exercer seu direito, ou seja, a usar da coisa, quando assim lhe exige o bem comum, e o obriga, ademais, neste exercício, a deixar-se guiar não só por seus interesses privados, mas também pelo da comunidade.

Adverte Roger Raupp Rios<sup>330</sup> que o dever intrínseco, consubstanciado na função social da propriedade, não se confunde com técnicas jurídicas limitativas do exercício dos direitos. Trata-se de elemento definidor do próprio direito subjetivo; ao passo que as limitações implicam mera abstenção do titular do direito. Além disso, suas obrigações não se confundem com limitações ao direito, já que, enquanto essas são circunstâncias externas limitadoras do exercício do direito, a função social é elemento estrutural do conteúdo do instituto da propriedade. Daí que a propriedade só se compreende de forma adequada na presença de sua função social. Configura-se como poder-dever (poder-função), sendo seu titular verdadeiro devedor para com a sociedade.

Também na lição de Fábio Konder Comparato<sup>331</sup>, quando se fala em função social da propriedade, não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são negativas aos direitos do proprietário. A noção de função significa o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo, e não ao interesse do próprio

---

<sup>330</sup> Op. cit., p. 19-20.

<sup>331</sup> Função social da propriedade dos bens de produção, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro v. 63 p. 75. *Apud* Roger Raupp Rios, op. cit., p. 20.

proprietário. De qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

No mesmo sentido, entende Dâmares Ferreira<sup>332</sup> que a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito do proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade. Limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente as atividade do proprietário, interferindo apenas no exercício do direito, e explicando-se pela atuação do poder de polícia.

Observa Jivago Petrucci<sup>333</sup> que a concepção da função social da propriedade, como princípio jurídico, foi a resposta do mundo do direito às intensas modificações sociais então havidas por força da Revolução Industrial.

A Constituição alemã de Weimar, de 1919, afirmou que a propriedade obriga, dando-lhe uma visão de solidariedade social.

Já ensinava a Encíclica *Mater et Magistra* do Papa João XXIII, de 1961, que a propriedade é um direito natural, mas esse direito deve ser exercido de acordo com uma função social, não só em proveito do titular, mas também em benefício da coletividade.

---

<sup>332</sup> O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988, in Revista Eletrônica Informa v. 3, ed. 40, Prolink.

<sup>333</sup> *A função social da propriedade como princípio jurídico*, disponível <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4868>, acesso em 2-9-2005, p. 4.

Daí afirmar Paulo Torminn Borges<sup>334</sup> que a propriedade privada, reiteradamente confirmada como um dos primados de nossa ordem econômica e de nosso ordenamento jurídico, emergiu, paulatinamente, da fase individualista, carregada de egoísmo burguês, para uma fase de inegável solidarismo. Apesar de a propriedade ser um bem juridicamente assegurado, essa garantia que se dá ao proprietário exige uma contraprestação, que é a de que a propriedade não permaneça ociosa, e, usada, o seja sem se apartar das exigências do bem comum.

A Constituição Federal de 1988, ao garantir o direito de propriedade a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 5º e inc. XXII), determinou que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, inc. XXIII). Ainda, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, previu a observância ao princípio da propriedade privada (art. 170, inc. II) e ao da função social da propriedade (inc. III). No seu art. 186 e incisos, apontou os requisitos objetivos para o atendimento da função social da propriedade rural. E, no seu art. 182, §2º, tratou da função social da propriedade urbana. Ao assegurar aos autores de inventos industriais a propriedade das marcas e patentes, no inc. XXIX do art. 5º, fê-lo condicionando seu exercício ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Resulta, pois, do disposto na Constituição, que, no direito brasileiro, a garantia da propriedade não pode ser compreendida sem atenção à sua função social.

O Código Civil, no § 1º do art. 1.228, condicionou o exercício do direito de propriedade ao atendimento de suas finalidades econômicas e sociais, de modo a que se preservem a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico e se evite a

---

<sup>334</sup> *Institutos básicos do direito agrário*. São Paulo: Juriscredi, 1974, p. 24.

poluição do ar e das águas. Proibiu a prática de atos que não tragam qualquer comodidade ou utilidade ao proprietário, e que sejam animados pela intenção de prejudicar a outrem (§ 2º). Estabeleceu, também, hipóteses em que o proprietário poderá ser privado do bem, como, por exemplo, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social; nos casos de requisição, em havendo perigo iminente (§ 3º); e no caso da chamada desapropriação judicial, que decorre da posse ininterrupta e de boa-fé, de extensa área, por mais de cinco anos, por considerável número de pessoas, que ali hajam realizado, em conjunto ou isoladamente, obras e serviços de interesse social e econômico relevante (§ 4º).

Leon Duguit<sup>335</sup> defende a idéia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário, na gestão de seus bens, deve comportar-se e ser considerado como um funcionário. Explica que:

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

José Serpa de Santa Maria<sup>336</sup> aponta um certo equívoco no entendimento de Duguit, afirmando que não é exatamente o direito de propriedade uma função social, mas o seu exercício é que está afetado de uma missão social, ou o papel a que a ordem jurídica atribui à utilização da propriedade por seu titular, que dela também se servirá sem conflito ou excessos

---

<sup>335</sup> *Traité de Droit Constitutionnel*, t. 3, apud Orlando Gomes, in *Direitos Reais*, 12. ed. atualizada e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 108-109.

<sup>336</sup> O envolver conceitual da propriedade e sua natureza jurídica, *Revista de Direito Civil*, v. 58, p. 72.



prejudiciais à comunidade. Na visão de Antonio Iannelli<sup>337</sup>, a propriedade é tutelada por causa da função social.

Pietro Perlingieri<sup>338</sup> registrou a diferença estrutural e política existente entre a propriedade que tem função social e a propriedade que é função social. Na primeira, a propriedade permanece como uma situação subjetiva no interesse do titular, e só ocasionalmente este é investido na função social; já na segunda perspectiva a propriedade é atribuída ao proprietário, não no interesse preponderante deste, mas no interesse público ou coletivo. Reconhece não ser nítida a linha demarcatória entre ambas, mas que, no direito atual, os titulares de situações jurídicas subjetivas são, ao mesmo tempo, titulares de situações ativas e passivas. A propriedade seria uma situação jurídica subjetiva com natureza de um poder (*potestá*) que encerra deveres, obrigações e ônus. Daí ser a propriedade hoje uma função social quando exercida para certos fins.

Mattos Neto<sup>339</sup> ressalta que a funcionalidade foi o elemento jurídico encontrado para acomodar o privatístico direito de propriedade dentro da concepção social do mundo moderno, do que decorre, que a propriedade privada comporta não só faculdades, mas também atribuições, limitações e deveres. Impõe-se ao proprietário uma função, um papel social quase público sobre seu direito de propriedade privada. Este se torna positivo, no sentido de que o proprietário tem de praticar atos positivos de exploração econômica.

Defende Jivago Petrucci<sup>340</sup> que, como princípio jurídico que é, a função social da propriedade deve irradiar efeitos sobre todas as normas

---

<sup>337</sup> *La proprietà costituzionale*. Nápole: Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, 1980, p.284.

<sup>338</sup> *Apud* Orlando Gomes, op. cit., p. 109-110.

<sup>339</sup> Função social da propriedade agrária: uma revisão crítica, *Revista de Direito Civil*, v. 76, p. 74.

<sup>340</sup> Op. cit, p. 10.

infraconstitucionais que tratem do tema propriedade; deve incidir tanto sobre a atividade estatal de contenção do comportamento dos administrados (poder de polícia), como também sobre a atividade estatal de impulsão do exercício dos poderes do domínio (que extrapola, segundo alguns autores, o âmbito tradicional do poder de polícia), colocando-as a serviço do objetivo maior traçado pelo texto magno, que é alcançar a justiça social.

Com apoio em Pedro Escribano Collado, afirma José Afonso da Silva<sup>341</sup> que a função social constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo. A propriedade é garantida enquanto atende sua função social. A função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. Por outro lado, em concreto, o princípio também não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de sua garantia.

Celso Ribeiro Bastos<sup>342</sup> diz que a função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal. Visa a coibir deformidades, o teratológico, os aleijões da ordem jurídica, ou seja, aquelas destinações que poderão levar ao uso degenerado da propriedade a ponto de colocar o seu titular em conflito com as normas jurídicas que a protegem.

---

<sup>341</sup> *In Curso de direito constitucional positivo*, 9. ed., rev. e ampl., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 256.

<sup>342</sup> *In Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1988-1989, p. 125.

Para Juliano Taveira Bernardes<sup>343</sup>, pela atual Constituição, a função social não interessa apenas à ordem econômica, mas serve de princípio norteador também do direito individual de propriedade, e, ao se inserir o conceito de propriedade privada no capítulo da ordem econômica, em comparação com as Cartas anteriores, ele foi ainda mais relativizado, já que passou a se submeter ao juízo de ponderação decorrente da aplicação de todos os outros princípios integrantes da ordem econômica.

Para Nelson Rosenvald<sup>344</sup>, a locução função social traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição. Busca-se paralisar o egoísmo do proprietário, com prevalência de valores ligados à solidariedade social, a fim de que ele seja guiado por uma conduta ética, pautada no respeito aos direitos fundamentais e no acesso de todos a bens mínimos capazes de conferir-lhes uma vida digna.

Aponta que, como limite positivo, o direito de propriedade deve ser exercitado de forma a melhor atender à sua função social, na busca pelo bem comum, e que qualquer atuação capaz de ferir o interesse geral deve ser considerada como abuso do direito de propriedade. Como princípio, a função social encerra um mandado de otimização, um ponto de partida capaz de determinar que a propriedade se realize da melhor forma possível, conforme os valores verificáveis em determinada época e lugar. Conclui que a função social é princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade;

---

<sup>343</sup> *Da função social da propriedade imóvel. Estudos do princípio constitucional e de sua regulamentação pelo novo Código Civil brasileiro*. Disponível in <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4573>>. Acesso em 2-9-2005, p. 10.

<sup>344</sup> Op. cit., p. 30.

soma-se às quatro faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar, convertendo-se em um quinto elemento da propriedade<sup>345</sup>.

Para Rodrigues Arimatéa<sup>346</sup>, a função social é o dever imposto a alguém, titular de um direito subjetivo de exercê-lo de forma compatível com a plenitude de seu desenvolvimento pessoal e com o bem comum. Ela exige que o proprietário exerça seu direito para alcançar fins individuais lícitos e concomitantemente atenda às exigências do bem comum.

Mauro Nicolau Júnior<sup>347</sup> define a função social da propriedade, em um primeiro sentido, como necessidade de que seu uso responda a uma plena utilização, otimização, ou tentativa de se otimizarem os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou possuidores. No segundo sentido, vincula seu conteúdo a objetivos de justiça social.

Na visão de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber<sup>348</sup>, a função social compõe a propriedade. A propriedade é, ao menos nesse sentido, função social, como todo instituto é o complexo que resulta de sua estrutura e de sua função, constituindo o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao titular. A propriedade que não se conforma, portanto, aos interesses sociais relevantes, não é digna de tutela como tal, e não há neste condicionamento uma priorização da função social sobre a garantia da propriedade. Portanto, a garantia da propriedade não tem incidência nos casos em que a propriedade não atenda a sua função social, não se conforme aos

---

<sup>345</sup> Op. cit., p. 31.

<sup>346</sup> Op. cit., p. 51.

<sup>347</sup> Instrumentos tributários de implantação das diretrizes urbanísticas: parcelamento, edificação e utilização compulsórios; desapropriação/sanção e IPTU progressivo e função social da propriedade, in Revista Eletrônica Informa v. 3, edição 40, Prolink, p.11.

<sup>348</sup> *A garantia da propriedade no direito brasileiro*. Disponível em <[www.fdc.br/revista\\_6/docente/04.pdf](http://www.fdc.br/revista_6/docente/04.pdf)>. Acessado em 20-3-2006. Publicado, também, na Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, nº 6, junho de 2005, p. 105-106.

interesses sociais relevantes cujo atendimento representa o próprio título de atribuição de poderes ao titular do domínio. Não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social<sup>349</sup>.

Ressaltam Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>350</sup> que a função social da propriedade é princípio de ordem pública, que não pode ser revogado por vontade das partes. Citam que o Código Civil, no parágrafo único do art. 2.035, é expresso nesse sentido, ao dizer que nenhuma convenção pode prevalecer se contrariar preceitos de ordem pública, como é o caso da função social da propriedade e dos contratos. Acrescentam que, no sistema do Código Civil, a função social da propriedade é, também, cláusula geral.

Orienta o Superior Tribunal de Justiça<sup>351</sup> no sentido de que, seguindo-se a dogmática tradicional (CC/1916, art. 524 e 527; CC, art. 1.228 e art. 1.231), o direito de propriedade, à luz da CF (art. 5º XXXII), dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido com sujeição à disciplina e exigência da sua função social (CF, arts. 170, II e III; 182; 183; 185 e 186). É a passagem do Estado-proprietário para o Estado-solidário, transportando-o do "monossistema" para o "polissistema" do uso do solo (CF XXXIV; 22, II; 24, VI; 30, VIII; 182, §§ 3º e 4º; 184 e 185).

Toda e qualquer propriedade privada, material ou imaterial, individual ou coletiva, urbana ou rural, móvel ou imóvel deve atender à função

---

<sup>349</sup> Mencionam que o novo Código Civil brasileiro refere-se à função social do contrato em seu artigo 421 ("a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"), sem fixar-lhe qualquer parâmetro objetivo mínimo. Concluem que a fórmula, embora bem intencionada, em virtude de sua abstração e generalidade, corre o risco de se tornar inefetiva na prática jurisprudencial. Op. cit., p. 105.

<sup>350</sup> Op. cit., p. 634.

<sup>351</sup> STJ, 1ª Sec., MS- 1835-DF, rel. Min. Garcia Vieira, m. v., j. 11-5-1993, DJU 24-5-1993, p. 9955.

social da propriedade, sob pena de sujeitar-se o proprietário à expropriação de seu direito, seja qual for a modalidade de propriedade<sup>352</sup>. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais (v.g., software). Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social<sup>353</sup>.

Coloca Ricardo Aronne<sup>354</sup> que a função social de um bem da vida haverá de ser apreciada tópica e axiologicamente, na medida em que uma propriedade agrícola exercerá funções distintas em face de suas características físicas, topográficas, necessidades regionais e sociais, fatores esses passíveis, inclusive, de variação histórica. Afirma que inexistem fórmulas sobre função social, e a apreensão do verdadeiro conteúdo da norma se dará em face do caso concreto, exemplificando:

Se é certo que uma propriedade urbana em uma cidade de alta densidade demográfica e crise habitacional verificada, que sequer esteja construída, está desatendendo sua função social, o mesmo não se poderá dizer se tais necessidades não se verificam na comunidade, ou mesmo se o terreno não for passível de ser construído, estando o titular a atender todos os encargos que recaiam na área.

---

<sup>352</sup> Cf. Juliano Taveira Bernardes, op. cit., p. 7. No mesmo sentido Luiz Roldão de Freitas Gomes, que acrescenta que a função social da propriedade está presente em todos os aspectos em que se apresenta: propriedade de bens materiais, titularidade dos direitos sobre bens de expressão imaterial, propriedade urbana e rural, empresarial, das instituições financeiras, das empresas jornalísticas e dos meios de comunicação social, no conceito de empresa brasileira, em todas as relações jurídicas que geram, exprimindo-se na nítida sujeição do direito reconhecido aos respectivos titulares aos interesses da coletividade, em todos os níveis. O estatuto da propriedade perante novo ordenamento constitucional brasileiro, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, abril-junho/1993, v. 64, p. 57-58. Já Celso Ribeiro Bastos conclui que o acervo de medidas ao alcance do Estado, voltadas ao descumprimento da função social da propriedade, só podem ter por objeto terras particulares, sejam urbanas ou rurais. Op. cit., p. 126.

<sup>353</sup> Cf. Mauro Nicolau Júnior, Instrumentos tributários de implantação das diretrizes urbanísticas: parcelamento, edificação e utilização compulsórios; desapropriação/sanção e IPTU progressivo e função social da propriedade, in Revista Eletrônica Informa v. 3, edição 40, Prolink.

<sup>354</sup> Op. cit., p. 191.

Quanto à propriedade urbana, a Constituição Federal, no art. 182, tratou da política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público municipal, estabelecendo ser seu objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, conforme diretrizes gerais fixadas em lei.

Considerou o plano diretor<sup>355</sup>, que deve ser aprovado pela Câmara Municipal, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, e obrigatório para as cidades com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes e que a propriedade urbana só cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor<sup>356</sup>.

Facultou ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, nos termos da lei federal, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de, sucessivamente, proceder-se ao parcelamento ou edificação compulsórios; lançar imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e desapropriar, mediante pagamento de indenização em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal<sup>357</sup>.

---

<sup>355</sup> Que é a lei que estabelece as prioridades nas realizações do governo local, que conduz e ordena o crescimento da cidade, disciplina e controla as atividades urbanas em benefício do bem estar social, cf. definição de Hely Lopes Meirelles, *in* Direito municipal brasileiro, p. 404. *Apud* Regis Fernandes de Oliveira, *in* *Comentários ao Estatuto da Cidade*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

<sup>356</sup> Dâmares Ferreira defende que a propriedade urbana deverá ser socialmente funcionalizada, mesmo na ausência do plano diretor municipal; que a destinação social poderá ser, ou não, formalmente instrumentalizada pelo plano diretor, já que a lei municipal, regulando assuntos de interesse local com base nos incisos do art. 30 da CF/1988, também poderá ser o veículo tradutor dos interesses não-proprietários incidentes sobre o objeto da propriedade individual, *op. cit.*, *Revista Eletrônica Informa*, v. 3, ed. 40, Prolink.

<sup>357</sup> O referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 10.257/91 – Estatuto da Cidade, que traz normas de ordem pública e interesse social, regulando o uso da propriedade em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, e do equilíbrio ambiental.

Conforme comenta Celso Fiorillo<sup>358</sup>, a política urbana descrita na Lei 10.257/2001 estabelece como objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, o que significa dizer que a função social da cidade é cumprida quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (CF, art. 5º, *caput*), bem como quando garante a todos os direitos sociais e materiais constitucionais fixados no art. 6º da Constituição Federal. Assim, a própria função social da cidade e, portanto, do município só será cumprida quando proporcionar a seus habitantes uma vida com qualidade, e possibilitar de fato e de direito o exercício dos direitos sociais.

José Maria Pinheiro Madeira<sup>359</sup> ressalta que o art. 182 e seus dois primeiros parágrafos da Constituição Federal delimitam e determinam a função social da propriedade na área urbana, e, para que esta necessidade se concretize, o terceiro parágrafo permite aplicar a desapropriação, em caso de não utilização da área. Já o art. 183 aplica, na prática, a necessidade de se dar uma função social à propriedade, ao garantir o direito à moradia, o direito de domínio de área urbana, desde que não surja o proprietário, permitindo, dessa forma, uma otimização no aproveitamento das áreas urbanas. O Estatuto da Cidade é cognominado "Estatuto do Cidadão"; ele veio ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana, visando à sustentabilidade das cidades, promovendo a integração social e garantindo direitos previstos na Constituição de 1988.

O art. 39 do Estatuto da Cidade dispõe que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de

---

<sup>358</sup> *Estatuto da Cidade comentado: Lei 10.257/2001: Lei do meio ambiente artificial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 38-39.

<sup>359</sup> *Estatuto da Cidade: considerações introdutórias*. Disponível in <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?od=3434>>, p. 8. Acesso em 6-9-2005.



ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º dessa Lei.

O referido Estatuto estabelece as normas que devem ser observadas para aplicar o parcelamento ou edificação compulsória, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e a desapropriação para fins de reforma urbana. O art. 5º do Estatuto da Cidade prevê que as mencionadas medidas incidirão sobre imóveis subutilizados ou não utilizados, com base em lei municipal.

Essas situações têm como característica a ausência de uma destinação concreta para ser a propriedade aproveitada de forma adequada, considerando-se os limites para o exercício desse direito previstos na legislação urbana. As demais situações que implicam desrespeito ao princípio da função social da propriedade, como o uso indevido ou nocivo da propriedade urbana, poderão ser atacadas por outros instrumentos, tais como multas, suspensão de licença urbanística, interdição ou demolição<sup>360</sup>.

O Estatuto da Cidade instituiu a usucapião em proveito de conjuntos de famílias de baixa renda, atingindo áreas totais superiores a 250,00m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), prevendo procedimento sumário e intervenção obrigatória do Ministério Público (art. 10)<sup>361</sup>.

---

<sup>360</sup> Cf. Mauro Nicolau Júnior, Instrumentos Tributários de Implantação das diretrizes urbanísticas: parcelamento, edificação e utilização compulsórios; desapropriação/sanção e IPTU progressivo e função social da propriedade, *op. cit.*

<sup>361</sup> É de se lembrar que a posse, por um certo lapso de tempo, sem interrupção, nem oposição, de um imóvel, como se fosse seu, é modo de aquisição originário da propriedade, que se dá pela usucapião (art. 1.238, CC).

Diz Vânia Kizner<sup>362</sup> que, quando o problema das ocupações ilegais de terras e da proliferação de favelas se tornou demasiado grande para ser ignorado, o princípio da função social da propriedade veio resgatar a idéia de que a ocupação é também uma forma legítima e, portanto, legal, de acesso ao lote urbano, e que foi nesse contexto que o País instituiu a usucapião urbana, considerando-a instrumento jurídico capaz de mediar os conflitos fundiários na sociedade urbana brasileira.

O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar da sociedade. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer<sup>363</sup>.

Quanto à propriedade rural, por constituir importante bem de produção, considera-se cumprida sua função social quando ela, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, é aproveitada de forma racional e adequada; quando os seus recursos naturais disponíveis são utilizados de forma apropriada, preservando-se o meio ambiente; quando são observadas as disposições que regulam as relações de trabalho; quando sua exploração favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, incs. I a IV, CF). A infração a esses requisitos poderá levar à desapropriação do imóvel rural por interesse social, para fins de reforma agrária (art 184, CF).

---

<sup>362</sup> Disponível in: *Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano. Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001)*, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3899>>. Acesso em 06-9-2005.

<sup>363</sup> Cf. STJ, 2ª T., Rec. MS 8766-PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, v.u., j. 6-10-1998, DJU 17-5-1999, p. 150.

Já se decidiu que a Constituição Federal garante o direito de propriedade desde que esta atenda a sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). Desta forma, somente mediante prova inequívoca de inadequação da terra para fins de desapropriação é que se poderão obstar os procedimentos tendentes à desapropriação, sob pena de impedimento do efetivo desenvolvimento da política da reforma agrária. Se o relatório técnico de vistoria de levantamento de dados levado a efeito pelo INCRA é concludente no sentido de improdutividade do imóvel, nos termos do artigo 6º da lei 8.629/1993, merece reparos a decisão que concedeu tutela antecipada aos autores para garantir manutenção de posse do imóvel expropriado, ante a ausência do requisito previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil<sup>364</sup>. A simples alegação de produtividade não impede a vistoria que visa exatamente constatar o cumprimento da função social da propriedade rural<sup>365</sup>. Uma vez reconhecido pelo laudo oficial que a propriedade rural cumpre sua função social, não há como se pretender sua expropriação<sup>366</sup>. Não cumpre sua função social a propriedade rural que, não obstante produtiva, apresentava débitos rurais de natureza federal, mantendo assentadas, por essa razão, as seiscentas famílias carentes que haviam ocupado a área. Também, como fundamento da decisão, foi invocada a supremacia dos valores existenciais<sup>367</sup>.

Quando a discussão judicial acerca da função social do imóvel surgir na ação de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, já se decidiu pela suspensão do seu andamento em decorrência

---

<sup>364</sup> TRF-4ª Reg., 3ª T., AG 1998.04.01.078690-1-RS, rel. juíza Maria de Fátima Freitas Labarrère, m. v., DJ 28-7-1999, p. 282.

<sup>365</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AG 2003.01.00.042435-0-PA, rel. des. Hilton Queiroz, v. u., DJ 11-5-2004, p. 42.

<sup>366</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 2000.01.01.00.136594-7-DF, rel. des. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, v.u., DJ 5-4-2005, p. 93.

<sup>367</sup> "Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União". TJRS, AI nº 598.360.402-São Luiz Gonzaga, Rel. des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. *Apud* Tepedino e Schreiber, op. cit., p. 109.

do ajuizamento de ações (cautelar e declaratória), cuja discussão judicial busca descaracterizar o descumprimento da função social do imóvel, não havendo de se cogitar, para tal hipótese, do caráter preferencial e prejudicial de que trata o art. 18 da Lei Complementar nº 76/1993. Encontrando-se os expropriados descumprindo a função social da propriedade, então caracterizada por fato novo, decorrente da depredação ambiental, deve ser mantida a decisão que imitiu o INCRA na posse do imóvel expropriando<sup>368</sup>.

A iniciativa econômica privada implementada na atuação empresarial, também, se subordina ao princípio da função social, para, ao mesmo tempo, realizar o desenvolvimento nacional e assegurar a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social<sup>369</sup>.

As marcas e patentes e todas as expressões da assim chamada propriedade intelectual estão condicionadas aos interesses sociais relevantes e ao desenvolvimento da personalidade humana, fim maior do nosso sistema civil-constitucional, devendo, pois, atender ao princípio da função social<sup>370</sup>.

Quanto à chamada propriedade pública, Tepedino e Schreiber<sup>371</sup> ressaltam que ela tem uma função social, justificando que:

---

<sup>368</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AG 2002.01.00.024401-8/MG, rel. des. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, v. u., DJ 15-9-2005, p. 97. Também decidiu que "Processo civil. Agravo de instrumento. Tutela antecipada concedida em ação declaratória de produtividade de imóvel rural. Sobrestamento da desapropriação. Parecer técnico oferecido comprovando o cumprimento da função social da propriedade. Sentença que julgou procedente o pedido dos agravados. Manutenção da decisão agravada. 1. Merece prestígio a decisão agravada pois os agravados juntaram prova que afastou, em princípio, as constatações de que o imóvel não cumpria sua função social. Ademais, a sentença, no processo originário, julgou procedente o pedido dos ora agravados. 2. Agravo improvido", TRF-1ª Reg., 4ª T., AG 2000.01.00.137680-2-GO, rel. des. Hilton Queiroz, v. u., DJ 14-6-2004, p. 70.

<sup>369</sup> Nesse sentido José Afonso da Silva. Cita, ainda, Eros Grau, para quem o princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob compromisso com sua destinação. A propriedade sobre a qual em maior intensidade refletem os efeitos do princípio é justamente a propriedade dinâmica, dos bens de produção. *In Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição, 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 692.

<sup>370</sup> Nesse sentido Tepedino e Schreiber, op. cit., p.110.

<sup>371</sup> Op. cit., p. 113-115.

O controle de conformidade entre o público e o social torna-se necessário na medida em que o Estado passa a ser reconhecido não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento a serviço do desenvolvimento da pessoa humana. Portanto, também a propriedade pública estatal deve cumprir sua função social, sendo empregada não apenas no atendimento do interesse do Poder Público, mas no atendimento dos interesses sociais privilegiados pelo texto constitucional. Sob este aspecto, contudo, a experiência jurisprudencial não revela a necessária vigilância. A função social vem correntemente invocada como forma de legitimar a atuação restritiva da Administração Pública sobre a propriedade privada, mas não é normalmente invocada como forma de controle do exercício que a própria Administração Pública faz da sua propriedade. Note-se que não se trata de uma duplicação da coibição do desvio de finalidade na utilização de bens públicos: o desvio de finalidade deriva da utilização de um bem público para fins particulares; o controle que a função social vem permitir é o do próprio emprego dado pelo Estado a um bem público, de forma aparentemente legítima e sem especial consideração de quaisquer interesses privados. O controle do exercício da propriedade do bem público abrange não apenas a sua utilização, como a sua não-utilização, e a sua eventual disposição, ou seja, sua transferência do âmbito público para o âmbito privado, por meio da chamada privatização.

O Tribunal de Justiça do Paraná encontrou, na função social da propriedade, o legítimo fundamento para exigir a instalação, em bancos comerciais, de bebedouros e sanitários acessíveis aos seus clientes, decidindo que cabe ao município a política de desenvolvimento urbano, e a propriedade urbana exerce função social em obediência às exigências fundamentais do plano diretor da cidade. A imposição de sanitários abertos à clientela dos bancos atende ao fim social da propriedade<sup>372</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro invocou a função social da propriedade a fim de legitimar a apreensão, pelas autoridades públicas, de veículo que contava com inúmeras multas de trânsito<sup>373</sup>, e como razão

---

<sup>372</sup> TJPR, AC 79573-5-Londrina, rel. des. Fleury Fernandes, j. 28-9-1999. *Apud* Tepedino e Schreiber, op. cit., p. 109.

<sup>373</sup> Ementa: "Mandado de segurança. Apreensão de veículo. Ausência de ilegalidade. Débito referente a 47 multas por infração de trânsito, regularmente aplicadas. Liberação condicionada ao prévio pagamento de tributos, multas e encargos vinculados ao veículo, na forma do artigo 124, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro. Prestação jurisdicional que não pode afrontar literal disposição de lei. Interesse coletivo em manter a ordem que se sobrepõe ao interesse do particular, atendendo ao princípio constitucional da função social da propriedade, insculpido no artigo 5º, XXIII da CRFB. Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado por

legitimadora da conduta da administração pública na apreensão de máquinas de bingo e outros jogos eletrônicos<sup>374</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que hospitais particulares devem atender à função social representada pelo interesse geral à saúde e ao trabalho, e, portanto, estão compelidos a aceitar o ingresso de médicos e a internação dos respectivos pacientes em suas instalações, ainda que esses médicos sejam estranhos ao seu corpo clínico<sup>375</sup>.

De forma sucinta, pode-se afirmar que a função social da propriedade é princípio de ordem pública, informador de toda e qualquer propriedade e garantidor do seu exercício. É elemento que compõe o seu conceito, o que levou à alteração dos próprios caracteres do direito de propriedade, e acabou por exigir alterações no seu modo de uso e gozo.

---

*mandamus*. Sentença mantida. Recurso desprovido", TRJ, AC 2002.001.29088, j. 8-7-2003, DJ 21-7-2003, p. 24-26.

<sup>374</sup> Concluiu referido acórdão que "1- A diversão proporcionada por máquinas eletrônicas 'big bingo frutinha e copa 98', tem a natureza jurídica de contrato de jogo, bilateral, oneroso e aleatório, conforme definido na lei civil e não se regula pelas normas gerais sobre desporto porque não tem a finalidade específica de obter recursos para atividades esportivas. 2- Os direitos à propriedade, ao trabalho e à livre iniciativa harmonizam-se com a respectiva função social e não constituem obstáculo à ordem pública e ao bem estar coletivo. 3- Nesse aspecto, a apreensão dessas máquinas de diversão eletrônicas para perícia unitária, quando as suas características e as do jogo nelas inseridos insinuam provável nocividade ao interesse público, configura ato administrativo de polícia válido e eficaz, porque realizado com o intuito de assegurar a proteção aos seus usuários e, como consequência, de preservar a ordem pública e o interesse coletivo, em harmonia com a função social da propriedade, do trabalho e da livre iniciativa", TJRJ, MS 2001.004.00908, j. 15-1-2002, pub. DJ 30-1-2002, s/p.

<sup>375</sup> Consta do voto do relator que: "[...]Daí que a sentença, baseando-se na função social da propriedade, e se louvando igualmente, no particular, em prestigiosa doutrina, deu à espécie, a meu sentir, correta solução. Com efeito, no caso de internamento de pacientes, existe interesse maior (do próprio paciente, ou de seu médico), e olhem que a saúde é direito de todos embora seja dever do Estado!, interesse que nem sempre há de coincidir com o do proprietário do hospital privado [...] o direito aqui nestes autos proclamado não se choca com o direito de propriedade, pois este, em sendo um direito, é um direito sujeito a limitações, ou, noutras palavras, a propriedade é privada, mas a sua função é social". STJ, REsp nº 27.039-3/SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 7-2-1994, p. 1171.

### 1.2.1.5 - Características

A doutrina civilista vem identificando os caracteres do direito de propriedade, de forma quase que unívoca.

Afirma-se que o direito de propriedade é absoluto, já que, oponível contra todos, possui validade *erga omnes*. Também se afirma que ele tem caráter absoluto por permitir ao proprietário dispor da coisa como entender, sujeitando-se apenas às limitações impostas em prol do interesse público ou pela coexistência de outro direito de propriedade. Todavia, deve-se lembrar que, nesse sentido, esse poder não é mais absoluto, uma vez que o proprietário não mais pode gozar da sua coisa do modo que bem lhe aprouver, devendo sempre a propriedade, qualquer que seja ela (urbana, rural, empresarial), atender à sua função social, sob pena de ter seu uso redirecionado<sup>376</sup>. O termo absoluto não significa de modo algum ausência de limites<sup>377</sup>.

A propriedade é um direito exclusivo, isto é, o proprietário pode opor-se a que outra pessoa tire de seu bem qualquer proveito, sem seu consentimento, salvas as restrições do mesmo direito fixadas na lei; não pode pertencer por inteiro a duas pessoas ao mesmo tempo, sendo que os coproprietários só têm uma parte ideal do bem<sup>378</sup>. Dispõe o art. 1.231 do Código Civil que a propriedade se presume plena e exclusiva, até prova em contrário<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> Nesse sentido Ricardo Aronne, *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 181-185.

<sup>377</sup> Cf. Henri de Page *apud* Paulo Nader, op. cit., p. 110. No mesmo sentido Senise Lisboa diz que o absolutismo do direito de propriedade não é imune ao descumprimento da função social da propriedade. Não há mais direitos absolutos em sua integralidade, op. cit., p.168.

<sup>378</sup> Nesse sentido Cunha Gonçalves, op. cit., p. 66. Paulo Nader diz que, o direito de propriedade é exclusivo, uma vez que pertence a apenas uma pessoa, no mesmo espaço temporal; o titular do direito detém poderes sobre a coisa com exclusão de outrem. Op. cit., p. 109. Já para Ricardo Aronne somente o domínio é uno e exclusivo, e não a propriedade. Op. cit., p. 74 e ss.

<sup>379</sup> Característica que se verifica mesmo no caso de condomínio, já que os condôminos são, em conjunto, titulares do direito de propriedade, existindo uma divisão apenas abstrata da propriedade.

Decorre, ainda, que seu titular poderá excluir terceiros da atuação sobre a coisa mediante ação própria, qual seja, a reivindicatória.

Nesse sentido, confirma Nelson Rosenvald<sup>380</sup> que a mesma coisa não pode pertencer exclusiva e simultaneamente a duas ou mais pessoas, em idêntico lapso temporal, pois o direito do proprietário proíbe que terceiros exerçam qualquer senhorio sobre a coisa. Duas pessoas não ocupam o mesmo espaço jurídico, deferido com pertinência a alguém, que é o titular de direito real. Quanto ao condomínio tradicional, afirma que não há elisão ao princípio da exclusividade, uma vez que, pelo estado de indivisão do bem, cada um dos proprietários detém fração ideal do domínio. Como ainda não se localizaram materialmente por apenas possuírem cotas abstratas, tornam-se donos de cada parte e do todo ao mesmo tempo. Conseqüentemente, cada qual poderá isoladamente reivindicar a coisa de terceiro que injustamente a possua, sendo despicienda a autorização dos demais condôminos (art. 1.314 do CC).

É também irrevogável e transmitido por direito hereditário aos sucessores. Assim, uma vez adquirida a propriedade, em regra, ela não pode ser perdida, salvo se essa for a vontade do proprietário. Para Washington de Barros Monteiro<sup>381</sup>, a propriedade é irrevogável ou perpétua, no sentido de que subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa legal extintiva.

Senise Lisboa<sup>382</sup> aponta duas exceções acerca da irrevogabilidade do direito de propriedade: a desapropriação, pois, neste caso, sucede a perda compulsória da coisa, isto é, a revogação da propriedade contra a

---

<sup>380</sup> Op. cit., p. 23-24.

<sup>381</sup> Op. cit., p. 84.

<sup>382</sup> Op. cit., p. 168.



vontade do proprietário; e a propriedade resolúvel<sup>383</sup>, ante o advento do fato modificativo do direito de propriedade, por condição, termo ou outra causa superveniente.

Complementa Nelson Rosenvald<sup>384</sup> que as recentes alterações constitucionais que qualificam a propriedade como função social acabam por derogar a clássica observação de que o direito de propriedade se exerce até mesmo quando do não uso de seu objeto; e que a maior prova da flexibilização da perpetuidade do domínio em atenção à função social reside no §2º do art. 1.276 do Código Civil<sup>385</sup>.

Realmente, tal característica foi minimizada pelo art. 1.276 e seus parágrafos do atual Código Civil, ao se estabelecer a possibilidade de o imóvel, urbano ou rural, quando abandonado pelo proprietário, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, ser arrecado pelo Poder Público<sup>386</sup>, como bem vago, e, após transcorridos três anos, passar a integrar seu patrimônio, tendo em vista a função social da propriedade.

---

<sup>383</sup> Dispõe o art. 1.359 do Código Civil que, resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor (art. 1.360 CC).

<sup>384</sup> Op. cit., p. 25.

<sup>385</sup> Este dispositivo inaugura em nosso ordenamento a possibilidade de o imóvel urbano ou rural ser arrecado pelo Poder Público como abandonado, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais. Haverá uma presunção absoluta da intenção de abandonar por parte do proprietário que não utiliza o bem e descuida em adimplir as obrigações *propter rem*, idem, ibidem.

<sup>386</sup> Sendo o imóvel urbano, poderá ele passar à propriedade do Município ou do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. Se o imóvel for rural, poderá passar à propriedade da União, independentemente de onde quer que ele se localize.

O STJ já decidiu que o direito de propriedade é perpétuo, extinguindo-se somente pela vontade do dono, ou por disposição expressa de lei, nas hipóteses de perecimento da coisa, desapropriação ou usucapião<sup>387</sup>.

Alguns autores apontam a elasticidade como um dos caracteres da propriedade<sup>388</sup>. É que o direito subjetivo de propriedade abrange um complexo de faculdades, não sofrendo cisão se uma delas for temporariamente desmembrada do conjunto, prevalecendo a unidade do direito subjetivo, com a preservação do significado jurídico da propriedade<sup>389</sup>.

Em regra, a propriedade é plena ou alodial, concentrando todos os atributos de usar, gozar, dispor e reivindicar com o proprietário (art. 1.231 do CC). Eventualmente, porém, poderá ser limitada, caso alguns desses poderes sejam destacados para a formação de direitos reais em coisa alheia (v.g., usufruto, hipoteca)<sup>390</sup>.

Extinto um direito real limitador (p. ex., o usufruto), a propriedade tem a capacidade de retornar à plenitude de poderes que lhe são inerentes<sup>391</sup>.

O princípio da consolidação (ou da força de atração) indica que todas as contrações da propriedade serão sempre transitórias e anormais. Após certo tempo, as compressões à propriedade cessam e, reunificados os direitos desmembrados, reassume o titular o domínio em sua plenitude<sup>392</sup>.

---

<sup>387</sup> STJ, REsp. nº 144.330, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 29-11-1999, p. 158.

<sup>388</sup> Entre eles: Nelson Rosenvald, op. cit., p.26, e Paulo Nader, op. cit., p. 110.

<sup>389</sup> Nelson Rosenvald, op. cit., p. 26.

<sup>390</sup> Nesse sentido Nelson Rosenvald, idem, ibidem.

<sup>391</sup> Na palavra de Mota Pinto, não fica vago o somatório dos poderes que se extinguíram, correspondentes ao direito que findou. *Apud* Paulo Nader, que exemplifica: se ocorre a extinção do usufruto pelo falecimento do seu titular, a propriedade volta a ser plena, deixando de ser apenas uma nua-propriedade, op. cit., p. 110.

<sup>392</sup> Cf. Nelson Rosenvald., p. cit., p. 26.

### 1.2.1.6 - Titularidade

Qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, capaz ou incapaz, pode ser titular do direito de propriedade. Todavia, a capacidade de ser proprietário não se confunde com a capacidade para adquirir o direito de propriedade. Para adquirir tal direito, a pessoa tem de ser capaz civilmente.

É que, conforme explica Caio Mário<sup>393</sup>, a capacidade de direito, de gozo ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de despi-lo dos atributos da personalidade. Contudo, às vezes, pode faltar aos indivíduos requisitos materiais para se dirigirem com autonomia no mundo civil. Não se lhes nega a capacidade de gozo ou de aquisição de direitos, somente se lhes recusa a autodeterminação, condicionando sempre à intervenção de uma outra pessoa, que os representa ou assiste. A ocorrência de tais deficiências importa em incapacidade. Aquele que se acha em pleno exercício de seus direitos é capaz, ou tem a capacidade de fato, de exercício ou de ação; aquele a quem falta a aptidão para agir não tem a capacidade de fato, só de direito. Toda pessoa tem a faculdade de adquirir direitos, mas nem toda pessoa tem o poder de usá-los pessoalmente e transmiti-los a outrem por ato de vontade.

O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. A lei institui o regime das incapacidades com o propósito de lhes oferecer proteção. Aconselha-se que a eles seja aplicado um tratamento especial, por lhes faltar discernimento,

---

<sup>393</sup> *Instituições de Direito Civil*, op. cit., v. 1, p. 264-265.

buscando o ordenamento jurídico, por seu intermédio, restabelecer um equilíbrio<sup>394</sup>.

A lei considera algumas pessoas totalmente inaptas ao exercício da prática de atos da vida civil. São absolutamente incapazes: os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não possam exprimir sua vontade. Esses são considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, nos termos previstos no art. 1º c/c art.3º, incs. I a III, todos do Código Civil.

Ainda, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais; os viciados em tóxicos; os que, por deficiência mental, têm o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos são considerados incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercerem (art. 4º, incs. I a IV, CC).

Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados (cf. art. 1.690, CC). Entretanto, não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz (art. 1.691, CC).

Para a validade do ato praticado pelo incapaz, ele deve ser representado ou assistido por seus pais, tutores ou curadores<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> Cf. Caio Mário, *idem*, p. 272.

A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil (art. 5º).

A incapacidade também poderá cessar nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 5º do Código Civil, isto é: pela concessão dos pais ou por sentença do juiz, se o menor tiver dezesseis anos completos; pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, que permitam ao menor com dezesseis anos completos ter economia própria.

Daí se concluir que pode ser proprietária qualquer pessoa física. Todavia, o exercício desse direito em toda a sua plenitude reclama a capacidade civil plena de seu titular. Assim, por exemplo, para que uma pessoa possa dispor validamente de um direito seu de propriedade, terá de ter capacidade civil plena, ou, então, para a prática do ato deverá fazer-se representar ou assistir, conforme o caso, por quem de direito, sob pena até, de nulidade do ato de disposição.

Quanto à pessoa jurídica, há duas fases na sua criação: a do ato constitutivo e a da formalidade administrativa do registro. Na primeira fase, ocorre a constituição da pessoa jurídica (elaboração, por escrito, do ato constitutivo). A segunda fase configura-se no seu registro. Foi criado sistema de registro para as pessoas jurídicas, por via do qual são anotados e perpetuados os momentos fundamentais de sua existência (começo e fim), bem como as alterações que venham a sofrer no curso de sua vida<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> Nesse sentido Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *in Código Civil anotado e legislação extravagante*, 2. ed., rev. e ampl., op. cit., p. 147-148.

<sup>396</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 345-346.

A falta de registro implica, como consequência, ausência da personalidade jurídica. Enquanto não inscrita no registro próprio, não pode proceder regularmente, regendo-se pelas normas dos arts. 986 e ss. do CC. A falta de registro tem por efeito a comunhão patrimonial e jurídica da sociedade e de seus membros, como um corolário natural do princípio que faz decorrer do registro a personificação, e desta, a separação dos patrimônios<sup>397</sup>.

São denominadas sociedade em comum aquelas que não têm inscritos seus atos constitutivos no Cartório de Registro competente (v. art. 986, CC). Em regra, seus bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum (cf. art. 988, CC), respondendo os bens sociais pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios (art. 989, CC)<sup>398</sup>.

Mesmo as sociedades em comum e as constituídas irregularmente têm patrimônio. No caso das primeiras, ele é considerado pela lei civil como especial, respondendo todos os sócios solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 990, CC).

A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (v. art. 985 e 45 CC). Exige o diploma civil que se declare no registro o modo por que se administra e se representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente, a pessoa jurídica (cf. art. 46, inc. III, CC). Serão seus representantes aqueles indicados no ato constitutivo da sociedade ou nas alterações posteriores que a ele forem feitas. São eles que detêm capacidade para, em nome da pessoa jurídica, representá-la, nos limites dos poderes definidos no ato constitutivo (v.

---

<sup>397</sup> Nesse sentido Caio Mário, *idem*, p.347.

<sup>398</sup> Salvo pacto expreso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.

art. 47, CC). Portanto, exemplificando, se a pessoa jurídica pretender adquirir ou vender um determinado bem, o fará em nome próprio, mas por meio de representante seu, com poderes para tal, conforme previsto no registro respectivo.

### **1.2.1.7 - Modos de aquisição, limitações e extinção**

A propriedade possui regime próprio de aquisição, que vem previsto em lei.

Diferentemente do Código Civil de 1916, que enumerava, em seu art. 530, os quatro modos de aquisição de propriedade imobiliária (sucessão, usucapião, acessão e transcrição), o Código Civil vigente não reservou um dispositivo para estabelecê-los em conjunto.

Em seu Capítulo II, tratou da aquisição da propriedade imóvel, estabelecendo como primeiro modo a usucapião<sup>399</sup> (arts. 1.238 a 1.244), seguindo o registro do título<sup>400</sup> (arts. 1.245 a 1.247), e a acessão<sup>401</sup> (arts. 1.248 a 1.259).

No Capítulo III regulou os modos de aquisição da propriedade móvel (usucapião, arts. 1.260 a 1.262; ocupação<sup>402</sup>, arts. 1.263;

---

<sup>399</sup> É forma originária de aquisição da propriedade pelo exercício da posse com *animus domini*, na forma e pelo tempo exigidos pela lei. A posse assim considerada, hábil para a aquisição do domínio pela usucapião, denomina-se posse *ad usucapionem*. A usucapião pode ser: a) ordinária (CC 1242); b) extraordinária (CC 1238); c) especial rural (CC 1239); d) especial urbana (CF 183; CC 1240; ECid 9º e 10). Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 643.

<sup>400</sup> Adotando a nomenclatura utilizada pela Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73).

<sup>401</sup> É modo de adquirir a propriedade. Tal modo consiste em o dono da coisa principal adquirir a propriedade de outra, que lhe é acessória, ou pertença. Nesse sentido, Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 653.

<sup>402</sup> É o ato pelo qual alguém se apropria das coisas sem dono ou abandonada.

achado do tesouro<sup>403</sup>, arts. 1.264 a 1.266; tradição<sup>404</sup>, arts. 1.267 e 1.268; da especificação<sup>405</sup>, arts. 1.269 a 1.271; confusão, comistão e adjunção<sup>406</sup>, arts. 1.272 a 1.274).

A doutrina costuma apontar três pressupostos gerais para que ocorra a aquisição da propriedade: pessoa capaz de adquirir; coisa suscetível de ser adquirida; um modo de adquirir<sup>407</sup>.

Diz Caio Mário<sup>408</sup> que a aquisição da propriedade, quanto à procedência, pode ser originária ou derivada. É originária quando o indivíduo, em dado momento, torna-se dono de coisa que jamais esteve sob o senhorio de alguém. É propriedade que se adquire sem que ocorra a sua transmissão por outrem e resulta em uma propriedade sem relação causal com o estado jurídico anterior da própria coisa<sup>409</sup>. Por outro lado, é derivada a que ocorre quando se considera a coisa em função de seu dono atual, ou seja, a titularidade do domínio em relação com outra pessoa que já era proprietária da mesma coisa. Quem adquire a propriedade o faz sub-rogando-se no complexo jurídico de outrem, que já era o seu proprietário antes. A idéia predominante é a de transmissão. Em toda aquisição derivada ocorre necessariamente a idéia de relação entre a propriedade

---

<sup>403</sup> O encontro do tesouro deve ser casual, não premeditado. Se o encontro das coisas se der em virtude de intenção de buscar e achar tesouro, impõe-se a incidência do CC 1265, cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 658.

<sup>404</sup> Tradição real é a que consiste na efetiva entrega (entrega material) do bem; tradição simbólica é a que se realiza mediante a entrega de algo que represente o bem.

<sup>405</sup> A aquisição se dá porque se cogita da manipulação de matéria prima que, depois de trabalhada, já não pode retornar ao estado anterior. Faz desaparecer a coisa que era parcialmente alheia e faz surgir outra, fruto do trabalho criador da espécie nova, cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 659.

<sup>406</sup> São modos de adquirir a propriedade por acessão industrial, cf. Coelho da Rocha, *Instituições*. Apud Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 660.

<sup>407</sup> Cf. De Page e Marcel Planiol apud Caio Mário in *Instituições de Direito Civil*, v. 4, op. cit., p. 115.

<sup>408</sup> Op. cit., p. 115-117.

<sup>409</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 115.



atual e a anterior, entre o sucessor e o antecessor. Essa transmissão pode-se dar a título universal ou a título singular<sup>410</sup>.

Costuma-se distinguir a aquisição originária da derivada, tendo em vista que na primeira os vícios, ônus e gravames antecedentes da propriedade, por não existir titular anterior a ser considerado, não a acompanham. Já na segunda, transfere-se ao novo titular os mesmos direitos possuídos por seu antecessor, com as mesmas características, qualidades e restrições.

Paulo Nader<sup>411</sup> também ressalta que, na aquisição originária, não há transmissão e, para todos os efeitos, o histórico da propriedade inicia-se com o adquirente. O domínio se apresenta isento de qualquer vício anterior e o fato jurídico não é gerador do imposto de transmissão, uma vez que não há transmissão. Na aquisição derivada, o adquirente assume o domínio em lugar do transmitente e nas condições em que a propriedade se encontrava. Eventuais limitações ou vícios que maculavam a propriedade subsistem, apenas ocorrendo mudança subjetiva do domínio.

É de se ressaltar que a importância econômico-social da propriedade imobiliária e a possibilidade de sua individualização fizeram com que se adotasse um regime para sua transferência, que a tornasse pública e propiciasse maior segurança. Daí ter-se instituído um regime público, no qual

---

<sup>410</sup> A transmissão a título universal (*successio in universum ius*) ocorre quando o novo titular sucede ao antigo em todos os seus direitos e obrigações. Transmissão a título singular (*successio in rem*) é aquela em que o novo titular assume uma determinada condição jurídica do antecessor, sem se sub-rogar na totalidade dos direitos deste, ou sem substituí-lo inteiramente como sujeito ativo e passivo das suas relações jurídicas, passando o direito para o sucessor com as mesmas qualificações, vantagens, restrições e defeitos que preexistiam no antecessor. A sucessão universal se dá *causa mortis*, já a singular pode ocorrer entre vivos por qualquer via de transferência de direitos (onerosa ou gratuita), ou *causa mortis* no caso particular do legado testamentário, cf. Caio Mário, op. cit., p.117.

<sup>411</sup> Op. cit., p. 128-130.

são registradas, obrigatoriamente, todas as transmissões de propriedade dos bens imóveis, sob pena de sua ineficácia<sup>412</sup>.

O Registro de Imóveis é um órgão de caráter público, que tem por finalidade escriturar e publicar atos referentes a direitos reais. Existem no direito moderno dois tipos de transmissão de propriedade: o franco-italiano e o germânico. No primeiro sistema, o que condiciona o fato da transação imobiliária é o acordo de vontades, constituindo na única função dos Registros Públicos a comprovação e a documentação do negócio realizado, e os efeitos terão lugar apenas em relação aos terceiros que não tomaram parte na transação. Já no sistema germânico, só se fala em transferência da propriedade com o registro do ato no Cartório Imobiliário da circunscrição correspondente à localização do imóvel<sup>413</sup>.

No Brasil, adotou-se o sistema germânico, estabelecendo o art. 1.227 do Código Civil que os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos, salvo os casos expressos naquele Código. No seu art. 108, reforça que a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

---

<sup>412</sup> Observa Clóvis Beviláqua que na tradição há uma publicidade limitada; na transcrição, é a sociedade juridicamente organizada que, por intermédio do funcionário competente, dá publicidade à mutação do direito real; na tradição o alienante entrega a coisa móvel, na transcrição, o oficial do registro atesta a transmissão do imóvel. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, 8. ed. atualizada por Achilles Beviláqua, Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1950, v. 3, p. 68-69.

<sup>413</sup> Nesse sentido Antonio Macedo de Campos, in *Comentários à Lei de Registros Públicos*. Bauru-SP: Editora Jalovi Ltda., 1977, v. 3, p. 29.

Esclarecem Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>414</sup> que, em se tratando de registro de imóveis, o primeiro ato realizado é a matrícula, em seguida, faz-se o registro das circunstâncias que eram inscritas e transcritas anteriormente, e por fim ocorrem as averbações na ficha da matrícula, ou seja, o lançamento de todas as ocorrências ou fatos que, não estando sujeitos ao assento, venham a alterar o domínio, afetando o registro relativamente à perfeita caracterização e identificação do prédio ou do titular da propriedade.

O art. 108 do Código Civil estabeleceu que a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País, salvo disposição legal em contrário.

Em face do sistema em vigor, a propriedade imóvel se adquiriu pela transcrição do título aquisitivo no registro imobiliário, presumindo-se pertencer o direito real à pessoa em cujo nome esteja feita a transcrição (a matrícula)<sup>415</sup>. A transcrição é requisito necessário para a transmissão do domínio de bens imóveis, é modo de adquirir, é criação de direito real<sup>416</sup>.

Quanto às restrições impostas pelo Poder Público ao direito de propriedade, em 1924 Sá Pereira<sup>417</sup> já registrava, no Brasil, a existência de restrições ao poder de edificar e restrições impostas à agricultura, e, nas grandes cidades da Europa, a existência de numerosas restrições quanto à propriedade urbana.

---

<sup>414</sup> Op. cit., p. 651.

<sup>415</sup> STJ, 1ª T., REsp 153828-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, v.u., DJU 1-3-1999, p. 229.

<sup>416</sup> STJ, 3ª T., RO 10-DF, rel. Min. Castro Filho, DJU 25-8-2003, p. 294.

<sup>417</sup> Op. cit., p. 22.

Para Sérgio de Andréa Ferreira<sup>418</sup>, o direito de propriedade, embora básico em nosso sistema de direitos individuais e econômico-sociais, não é um direito fundamental, no sentido em que o é a liberdade pessoal, porquanto é institucionalizável. A propriedade é um instituto jurídico, uma instituição, que, apesar de não poder ser abolida, apresenta conteúdo que não é único, cabendo à lei, dentro do que a Constituição Federal dispõe, definir tal conteúdo, regular seu exercício, estabelecendo os respectivos limites.

Surgiram em França, a partir do final do século XIX, as primeiras restrições ao absolutismo do direito de propriedade, por meio da teoria do abuso do direito, concluindo as cortes francesas que o direito de propriedade não poderia ser utilizado apenas com a finalidade de causar danos a terceiros, sem gerar qualquer proveito ao seu titular, considerando atos emulativos aqueles praticados com a simples intenção de lesar interesses alheios.

É de se registrar que o abuso do direito de propriedade não se confunde com a função social da propriedade. Aquele consiste na imposição de limites negativos e externos ao exercício do direito subjetivo de propriedade, impedindo-se o exercício anormal do direito de propriedade, com a imposição de obrigações de não fazer<sup>419</sup>. Já a função social estabelece limites internos e positivos à atuação do proprietário, exige dele uma atuação positiva, que consiste na adequada exploração do bem e na conseqüente circulação de capitais, de molde a promover o desenvolvimento econômico e social, alcançando a esperada justiça, não podendo, pois, ser identificada com os instrumentos tradicionais de limitação de propriedade.

---

<sup>418</sup> *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 5.

<sup>419</sup> Como, por exemplo, o art. 1.277, do Código Civil.

Atualmente, o direito de propriedade sofre inúmeras limitações, de natureza tanto constitucional, quanto administrativa, militar, penal, civil ou ambiental.

Foi prevista pela Constituição Federal a possibilidade de a autoridade competente utilizar-se da propriedade particular em caso de perigo público iminente, assegurado o pagamento de indenização ulterior, havendo dano (art. 5º, XXV); de desapropriação por necessidade ou utilidade e por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV), salvo os casos ali previstos, quando a indenização se fará por meio de títulos da dívida pública e agrária (arts. 182, §4º, III e 184). Foi prevista a desapropriação, sem direito à indenização, de gleba onde se cultivem substâncias psicotrópicas (art. 243).

Várias são as restrições administrativas que afetam a propriedade, visando a proteger interesses variados, tais como a segurança pública, a saúde pública, a economia popular, a cultura, a higiene, o urbanismo etc. O direito de construir é um dos que apresentam várias restrições. As normas edilícias e de zoneamento fixam usos e construções permitidos em cada região da cidade. A exigência de licença prévia de edificação retrata a ingerência do Estado no direito de propriedade, curvando-o aos interesses da sociedade.

Para Reis Friede<sup>420</sup> a intervenção do Estado na propriedade consiste, fundamentalmente, no poder que lhe é outorgado de requisitar, limitar o uso, utilizar temporariamente ou mesmo retirar a propriedade do particular, em benefício do interesse público prevalente. O fundamento dessa intervenção pode ser dividido em dois aspectos: o remoto, que reside na própria soberania,

---

<sup>420</sup> *Intervenção do Estado na propriedade*. Disponível em <<http://www.saraivajur.com.br/previewPrint.cfm>> Acessado em 13-9-2005.

imane ao Estado independente, que inclui o poder de império sobre todas as coisas de seu território; e o próximo, que consiste na prevalência do interesse público sobre o interesse privado e no princípio constitucional de que a propriedade é um verdadeiro direito-função.

Quanto às limitações de natureza militar, destacam-se o Decreto-lei nº 4.812, de 8-10-1942, modificado pelo Decreto-lei nº 5.451, de 30-4-1943, que dispôs sobre requisição de móveis e imóveis necessários às forças armadas e à defesa passiva da população, e o Decreto-lei nº 6.430, de 17-4-1944, que dispôs sobre transações de terras particulares na faixa de 150km (cento e cinquenta quilômetros) ao longo da fronteira do território nacional.

Segundo Élio Wanderlei de Siqueira Filho<sup>421</sup>, a requisição se justifica quando, por ocasião de guerra ou perigo público, o Estado necessita utilizar-se de bens móveis ou imóveis e que, pelo caráter emergencial de que se reveste, não é compatível com a instauração de um processo demorado. Acrescenta que, não mais persistindo a circunstância fática ensejadora da providência interventiva, a coisa retorna ao seu proprietário, com todos os poderes imanes ao domínio. E que, ocorrendo dano, deve a Administração Pública prestar a correspondente indenização.

Também o Código Penal prevê, em seu art. 91, II, *a* e *b*, a perda, em favor da União, dos instrumentos do crime, do respectivo produto ou de outro bem ou valor que constitua proveito auferido com a prática do ato criminoso.

---

<sup>421</sup> Aspectos relevantes da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária - ação estatal interventiva no domínio privado, *in* Revista dos Tribunais v. 689, p. 79-80.

O Código Civil vigente estabelece várias limitações ao direito de propriedade, dentre elas as decorrentes do direito de vizinhança (arts. 1.277 a 1.313), do direito de superfície (arts. 1.369 a 1.377), das servidões (arts. 1.378 a 1.389).

Há outras limitações especiais, como, por exemplo, a prevista no Código Florestal brasileiro<sup>422</sup>, que estabelece vínculos especiais ao exercício da propriedade imóvel revestida de vegetação, no interesse público. Ao considerar as florestas e as demais formas de vegetação bens de interesse comum a todos os habitantes do país, previu várias limitações ao direito de propriedade. As ações ou omissões contrárias às suas disposições na utilização e exploração das florestas são consideradas uso nocivo da propriedade.

Por outro lado, os modos de perda da propriedade móvel e imóvel foram dispostos conjuntamente pelo atual Código Civil, em seu art. 1.275. Nos incisos I a III, estabeleceram-se os casos de perda voluntária da propriedade (alienação, abandono e renúncia), ao passo que os incisos IV e V se referem aos casos de perda involuntária da propriedade (perecimento e desapropriação).

O Código Civil tratou, de forma conjunta, da perda da propriedade do bem móvel e imóvel. Sistemáticamente, a perda da propriedade é considerada ora em razão de causa referente à pessoa do proprietário (p. ex., abandono e renúncia), ora em relação ao objeto (p. ex., perecimento), ora em relação ao próprio direito (p. ex., desapropriação).

---

<sup>422</sup> A Lei n. 4.711, de 15-9-1965, instituiu o novo Código Florestal, sofrendo posteriores alterações com o advento da Lei n. 7.803, de 15-8-1989.

Para Senise Lisboa<sup>423</sup>, verifica-se a perda da propriedade móvel pelas mesmas formas por meio das quais ela é adquirida. Entende que a perda da propriedade móvel somente ocorre quando um novo proprietário apreende a coisa, sucedendo ao anterior proprietário, não havendo de falar em perda da propriedade móvel sem a existência de um proprietário antecedente. Daí que não há perda da propriedade móvel se a coisa não pertencia a ninguém, já que não há como estabelecer sua filiação real<sup>424</sup>. Quanto à perda da propriedade imóvel ela ocorrerá por alienação ou por meio da renúncia, mediante a averbação no cartório imobiliário respectivo.

A alienação consiste no ato pelo qual o titular do domínio o transfere ao adquirente, com as mesmas qualidades, defeitos e restrições com que o exercia. Se o seu objeto for coisa móvel, completa-se com a sua tradição ao adquirente; se imóvel, além de atender ao requisito formal previsto em lei, somente produz os efeitos após a inscrição do título no Registro<sup>425</sup>; é o ato pelo qual o proprietário, por vontade própria, gratuita (doação) ou onerosamente (venda, dação em pagamento, permuta), transfere a outrem o seu direito sobre a coisa<sup>426</sup>.

Pela renúncia, o proprietário efetua uma declaração de vontade abdicativa, pela qual abre mão do seu direito sobre a coisa. Se se tratar de bem móvel, em regra, basta que se efetive o seu abandono, com a intenção de se abdicar da sua titularidade<sup>427</sup>. Em sendo o bem imóvel, há necessidade de

---

<sup>423</sup> Op. cit., p. 345-346.

<sup>424</sup> Explica que filiação real é a cadeia de proprietário de um mesmo bem, desde a ocupação até a data mais recente sobre a qual se tem notícia, idem, p.345.

<sup>425</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 231-232.

<sup>426</sup> Cf. Nelson Rosenvald, op. cit., 114.

<sup>427</sup> Todavia, pode ser necessária a declaração expressa do titular para conhecimento de terceiros, se o simples abandono for insuficiente para o caso concreto, cf. Salvo Venosa, op. cit., p. 260.



registro do título renunciativo no cartório imobiliário competente (art. 1.275, parágrafo único, do Código Civil).

A renúncia é ato unilateral, pelo qual o proprietário declara formal e explicitamente o propósito de despojar-se do direito de propriedade<sup>428</sup>; constitui negócio jurídico unilateral, pelo qual o titular do direito expressa a vontade de excluir a coisa de seu patrimônio, não podendo ser tácita.<sup>429</sup>; é ato jurídico unilateral, pelo qual alguém abandona um direito, sem transferi-lo a outrem<sup>430</sup>.

Dá-se o ato jurídico do abandono, quando o *dominus* deixa de praticar atos inerentes à propriedade da coisa móvel ou imóvel, com intenção de excluí-la de seu patrimônio<sup>431</sup>; é ato material pelo qual o proprietário se desfaz do bem porque não quer mais ser seu dono, visto que o mero desuso não importa em abandono, devendo resultar de atos exteriores que atestem a manifesta intenção de abandonar, sendo insuficiente o mero desprezo físico pela coisa<sup>432</sup>.

Clóvis Beviláqua<sup>433</sup> distingue o abandono da renúncia, afirmando que nessa última haverá sempre a manifestação expressa da vontade. O titular do direito dele se despoja, declaradamente. No abandono o proprietário deixa o que é seu, com a intenção de não o ter mais em seu patrimônio, porém não manifesta a sua intenção.

---

<sup>428</sup> Cf. Nelson Rosenvald, op. cit., p. 115.

<sup>429</sup> Cf. Paulo Nader, que acrescenta que, embora de rara incidência, a renúncia da coisa imóvel pode ser motivada por interesses diversos, notadamente pelo excessivo gravame de tributos, e que, também os direitos reais (servidão, penhor, hipoteca, usufruto), podem ser objeto de renúncia. Op. cit., p. 207.

<sup>430</sup> Cf. Salvo Venosa, op. cit., p. 259.

<sup>431</sup> Cf. Paulo Nader, op. cit., p. 208.

<sup>432</sup> Cf. Nelson Rosenvald, op. cit., p. 116.

<sup>433</sup> *Código civil comentado*, op. cit., v. III, p. 133.

Nos termos do art. 1.263 do Código Civil, quem se assenhorar de um bem que não tenha dono lhe adquire a propriedade, desde que essa ocupação não seja defesa por lei.

Em se tratando de imóvel urbano abandonado pelo proprietário, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, não se encontrando ele na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e, após três anos, passar à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições (art. 1.276 do Código Civil). O imóvel rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize (§ 1º). Em ambos os casos, presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere esse artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais (§ 2º).

Perecimento é a perda da substância da coisa<sup>434</sup>; provoca a extinção do direito<sup>435</sup>. Desaparecendo o objeto da propriedade, por força natural ou atividade humana, não existe mais direito, por lhe faltar objeto<sup>436</sup>.

O perecimento nem sempre provoca para o proprietário a perda econômica, pois em seu favor pode existir o sucedâneo da indenização, seja pela companhia seguradora ou, se em decorrência de ato ilícito, por seu responsável. Ele pode, também, acarretar, além da perda do direito de propriedade, a extinção de outras relações jurídicas, como, por exemplo, a locatícia e a tributária<sup>437</sup>.

---

<sup>434</sup> Cf. Senise Lisboa, op. cit., p. 345.

<sup>435</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p.233 e Paulo Nader, op. cit., p. 211.

<sup>436</sup> Cf. Salvo Venosa, op. cit., p. 262.

<sup>437</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 233-234 e Paulo Nader, op. cit., p. 211.

Exemplifica Caio Mário<sup>438</sup> que ocorre perecimento quando da morte do animal, podendo, contudo, subsistir sobre suas partes aproveitáveis (carcaça óssea, pele etc); quando a coisa íntegra sair totalmente do poder de apropriação do dono ou quando se encontrar em lugar absolutamente inacessível (p. ex., queda do objeto em pleno mar); que, quando a coisa passa à categoria de coisa fora de comércio, equivale a perda, embora com substituição ou sub-rogação dos direitos dominais em perdas e danos ou no seu valor, conforme o caso. Informa, ainda, que, apesar de o perecimento atingir mais freqüentemente a coisa móvel, também é admissível o perecimento do imóvel (p. ex., em decorrência de incêndio do prédio).

Ressalta que a usucapião, apesar de ser forma de aquisição da propriedade para o até então possuidor, sofre o antigo *dominus*, correlatamente a sua perda; e que o proprietário não perde o seu direito pelo desuso, posto que prolongado; somente ocorre a perda da propriedade se o *dominus* se conservar inerte em face de uma situação contrária (posse do usucapiente), em conjugação com os outros requisitos legais<sup>439</sup>.

A desapropriação foi arrolada pelo Código Civil como uma das espécies de perda involuntária do domínio, conforme se vê do seu art. 1275, inc V. Constitui instituto de direito público gerando o efeito da transferência da propriedade<sup>440</sup>. É modo originário de aquisição e perda da propriedade imobiliária, pois não se vincula ao título do anterior proprietário que se vê compelido a transmiti-la ao Poder Público expropriante, em face da intervenção estatal na propriedade privada<sup>441</sup>.

---

<sup>438</sup> Op. cit., p. 233-234.

<sup>439</sup> Op. cit., p. 234-235.

<sup>440</sup> Enneccerus, Kipp e Wolff, citados por Caio Mário, afirmam constituir ato de direito público, gerando o efeito da transferência do domínio. Op. cit., p. 235.

<sup>441</sup> Cf. Nelson Rosenvald, op. cit., p. 120.

Paulo Nader<sup>442</sup> considera equivocadas as opiniões que identificam a desapropriação como restrição ao direito de propriedade, pois, para ele, o que ocorre com a modalidade de intervenção estatal é que o *dominus* fica privado do objeto.

Verifica-se, que a desapropriação ou expropriação, sob a óptica do direito administrativo, é tida como espécie de intervenção pública na propriedade privada. Para o Código Civil constitui uma das espécies de perda involuntária da propriedade.

### **1.2.2 - Direitos reais sobre coisa alheia**

Explicam Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>443</sup> que o direito real de propriedade enfeixa nas mãos de seu titular todos os poderes a ele atinentes, nos termos do CC, 1228, *caput*. Quando um direito real, diverso do de propriedade, pende sobre um bem, diz-se que alguém exerce direito sobre coisas dos outros, ou seja, *ius in re aliena*.

#### **1.2.2.1 - Da superfície**

O direito de superfície, no Código Civil, vem previsto nos arts. 1.369 a 1.377, nos quais se estabeleceu que o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.369).

---

<sup>442</sup> Op. cit., p. 212.

<sup>443</sup> Op. cit., p. 631.

É o direito real autônomo, distinto do de propriedade, de construir ou plantar em terreno alheio por prazo determinado. Pode ser instituída em propriedade urbana ou rural. A superfície confere propriedade ao superficiário, de natureza resolúvel, pois se resolve decorrido o tempo determinado no contrato (CC 1375)<sup>444</sup>; consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações<sup>445</sup>; é um direito real limitado; imobiliário, autônomo, temporário e transmissível, que confere a seu titular, chamado superficiário, o uso e o gozo de terreno de propriedade de outrem, para nele construir ou plantar e manter a construção ou a plantação durante o tempo pelo qual tiver sido ajustada sua concessão<sup>446</sup>; com ele coexistem a propriedade originária e a propriedade superficiária (da construção ou plantação). São dois os direitos reais: o de propriedade plena; e o de propriedade superficiária limitada (concessão de uso da propriedade plena)<sup>447</sup>.

Apesar de estabelecer o art. 1.369 do Código Civil que o direito de superfície deve ser por tempo determinado, e, no seu parágrafo único, que ele não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão, o Estatuto da Cidade, que criou o direito de superfície urbana antes do Código Civil, permitiu a sua instituição por tempo indeterminado, prevendo, ainda, que ele abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a urbanística (art. 21 e § 1º).

---

<sup>444</sup> Cf. Teixeira, *in Superfície*, p. 57. *Apud* Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *op. cit.*, p. 700.

<sup>445</sup> Cf. Osvaldo Gomes, considerando o art. 1524º do Código Civil português. Acrescenta que, o direito de superfície, que tenha por objeto a construção de uma obra, pode abranger uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra, podendo ter por objeto a construção ou a manutenção de obra sob solo alheio, ou de nele fazer ou manter plantações; que a superfície temporária constitui uma inovação do Código Civil em relação ao regime que resultava da Lei n. 2030. *In Expropriações por utilidade pública*, 1. ed. Lisboa: Texto Editora, 1997, p. 62.

<sup>446</sup> Cf. Braga Teixeira, *Comentários ao Código civil brasileiro: da propriedade, da superfície e das servidões*. Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 12, p. 262.

<sup>447</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *idem*, *ibidem*.

Esclarecem Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>448</sup> que, quando houver conflito entre as regras do Código Civil e do Estatuto da Cidade sobre direito real de superfície, prevalecem as regras desse último para a superfície urbana, em razão do princípio da especialidade<sup>449</sup>. De conseqüência, a superfície urbana pode ser instituída por tempo indeterminado e pode ter como objeto a utilização do subsolo e do espaço aéreo<sup>450</sup>.

O mencionado art. 1.369 do Código Civil previu, como forma de constituição do direito de superfície, a escritura pública, que deverá ser devidamente registrada no cartório de registro de imóveis, já que não terá validade a instituição de direito real de superfície por outra forma, que não a de escritura pública (CC, 104, III, e 108)<sup>451</sup>. Forma igualmente prevista pelo art. 21 do Estatuto da Cidade.

### **1.2.2.2 - Da servidão**

Outra modalidade de direito real sobre coisa alheia é a servidão, que foi regulada pelos arts. 1.378 a 1.389 do Código Civil. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, grava o prédio serviente, que

---

<sup>448</sup> Op. cit., p. 700.

<sup>449</sup> Nesse sentido Jornada I, STJ, 93: "As normas previstas no CC sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do ECid (L 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano" e Jornada III, STJ, 249: "A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda à duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o CC 1.474".

<sup>450</sup> Braga Teixeira defende posicionamento contrário, por entender que o direito de superfície urbana, criado pela Lei n. 10.257/2001, não é um direito real, já que o legislador não lhe conferiu esse caráter, ao revés do que ocorre com a superfície do Código Civil, cujo caráter de direito real é conferido pelo art. 1.225, II. Conclui que, se a Lei n. 10.257/2001 criou um direito de superfície urbana (arts. 21 a 24), sem lhe conferir expressamente a natureza de direito real, direito real não é, razão pela qual não concorda que a superfície criada pelo Estatuto da Cidade possa, sendo lei especial, derrogar qualquer direito real de superfície previsto no Código Civil, mesmo na zona urbana das cidades. Op. cit., p. 266-267. Todavia, é de se observar que o Código Civil, quando estabeleceu, no inc. II, do seu art. 1.225, ser a superfície um direito real, atribuiu natureza real a todo direito de superfície, quer tenha sido constituído sobre propriedade urbana ou rural. O Código Civil conferiu também ao direito de superfície urbana, regulado pelo Estatuto da Cidade, a natureza de direito real, sendo desnecessária, portanto, qualquer referência na lei especial à natureza desse direito.

<sup>451</sup> Nesse sentido, Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 700; Senise Lisboa, op. cit., p. 420; Nelson Rosenvald, op. cit., p. 151.

pertence a dono diverso, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.378).

É uma das espécies de ônus real, *ius in re aliena*, que tem como titular o dono do prédio dominante em desfavor do prédio serviente. É direito real, diverso da propriedade, que se liga ao domínio exercido pelo titular do prédio dominante, acrescentando a este o exercício de mais um direito real, que se constitui em ônus real pendente sobre o prédio serviente<sup>452</sup>; é direito real de fruição e gozo da coisa alheia, limitado e imediato<sup>453</sup>; é direito real sobre a propriedade alheia, em virtude do qual um prédio, denominado dominante, é beneficiado pelo sacrifício de outro prédio, denominado prédio serviente<sup>454</sup>; é o encargo imposto em um prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente, denominando-se serviente o prédio sujeito à servidão e dominante o que dela se beneficia<sup>455</sup>; direito real que permite aumentar as utilidades que um direito real de gozo sobre um imóvel proporciona, mediante uma restrição correlativa de um direito de gozo sobre um imóvel vizinho<sup>456</sup>.

A servidão tem por objeto coisa imóvel corpórea, ou seja, prédios<sup>457</sup>, podendo ser classificada em: rústica ou urbana, se considerada a situação do imóvel sobre o qual incidem. Aparente ou não aparente, se levadas em conta suas condições de exteriorização. Contínua ou descontínua, conforme dependam ou não de ato humano para subsistir ou se exercer<sup>458</sup>. Afirmativa ou

---

<sup>452</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 702.

<sup>453</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 275.

<sup>454</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 331.

<sup>455</sup> Cf. Osvaldo Gomes, considerando o disposto no art. 1.543º do Código Civil português. Op. cit., p. 63.

<sup>456</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão. *Direito Civil - Reais*, 5. ed., p. 488. *Apud* Osvaldo Gomes, op. cit., p. 64.

<sup>457</sup> Nesse sentido, Caio Mário, op. cit., p. 276.

<sup>458</sup> Nesse sentido, Moraes Salles, que cita como exemplo de servidão aparente, ou seja, que se manifesta por atos visíveis, o aqueduto; de servidão não aparente, a de não edificar além de certa altura; de servidão contínua, a de

negativa, considerando a espécie de submissão que impõe ao titular do prédio serviente<sup>459</sup>.

Observa Osvaldo Gomes<sup>460</sup> que nem a contigüidade, nem a vizinhança entre os prédios constituem requisito essencial da servidão, pois nada obsta que a utilidade proveniente da servidão aproveite a um prédio não contíguo do serviente, como acontece, por exemplo, na servidão de aqueduto em matéria de águas.

Geralmente as servidões são constituídas por atos de vontade, excepcionalmente, por disposição de lei, ou por ordem judicial. O ato constitutivo deve ser levado a registro<sup>461</sup>, conforme previsão do art. 1.378 do Código Civil. Deve ser revestido da forma pública, se o valor exceder ao limite legal (CC, 108), ou pode ser constituído por instrumento particular, se não se atingir a alçada da lei<sup>462</sup>.

Acrescenta Osvaldo Gomes<sup>463</sup> que as servidões prediais constituem direitos de gozo, não podendo, salvas as exceções previstas em lei, ser separadas dos prédios a que pertencem, ativa ou passivamente; e que são indivisíveis: se o prédio serviente for dividido entre vários donos, cada porção fica sujeita à parte da servidão que lhe cabia; se for dividido o prédio dominante,

---

passagem d'água; de servidão descontínua, a de trânsito e a de tirada d'água, *in A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 641.

<sup>459</sup> São consideradas afirmativas, quando obrigam o titular do prédio serviente a tolerar atos realizados pelo dono do prédio dominante; e, negativas, quando lhe impõem a abstenção de atos específicos, cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *op. cit.*, p. 660.

<sup>460</sup> Com apoio nos ensinamentos de Antunes Varela, Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp, Martin Wolff e Ludwig Raiser. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>461</sup> Já se decidiu que: "A transcrição no CRI só é exigível para o estabelecimento de servidões não aparentes" (STJ, 1. T., REsp 22288-0-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 13-2-1995, p. 2219); "Tolerância de passagem. Duto de esgoto subterrâneo. Hipótese de servidão não aparente a qual só pode ser estabelecida por meio de transcrição no registro de imóveis. Transcrição incorrente, importando inexistência de servidão. Caracterização, outrossim, de mera tolerância de passagem, a qual não cria para os autores direitos de verem estabelecida uma servidão", JTACivSP 159/165.

<sup>462</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *op. cit.*, p. 703.

<sup>463</sup> Considerando o disposto no art. 1.546º do Código Civil português. *Op. cit.*, p. 64.



tem cada condômino o direito de usar da servidão sem qualquer alteração ou mudança.

### 1.2.2.3 - Do usufruto, do uso e da habitação

Quanto ao usufruto, o Código Civil de 1916, em seu art. 713, definiu-o como o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade<sup>464</sup>.

Vem sendo definido pela doutrina como o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar-lhe a substância, enquanto temporariamente destacado da propriedade<sup>465</sup>; direito real, em virtude do qual uma pessoa, denominada usufrutuária, pode usar temporariamente bem móvel ou imóvel, pertencente a outrem, contanto que não lhe altere a substância<sup>466</sup>; direito de gozar temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem lhe alterar a forma ou substância<sup>467</sup>.

Segundo Tupinambá Miguel Castro do Nascimento<sup>468</sup>, com o usufruto, o exercício passa a ser exclusivamente do usufrutuário, destituído o proprietário deste direito. Contudo, o proprietário não deixa de ser proprietário, porque é um *dominus* desvestido da utilidade da coisa. O que é usável e fruível se afasta de sua dominação jurídica, enquanto durar o usufruto. Mas alguma coisa, depois do destaque, resta com o dono. De um lado, permanece com ele a substância da coisa, o direito à configuração física e estética do bem, aquilo que os antigos chamavam de *jus abutere*. De outro lado, se mantêm com o

---

<sup>464</sup> Para Caio Mário, tal noção se tornou implícita no Código de 2002, op. cit., p. 290.

<sup>465</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., v. 4, p. 290.

<sup>466</sup> Cf. Cretella Júnior, in *Comentários às leis de desapropriação*. São Paulo: Bushatsky, 1972, p. 326.

<sup>467</sup> Cf. Osvaldo Gomes, considerando o disposto no art. 1.439º do Código Civil português. Op. cit., p. 61.

<sup>468</sup> In *Usufruto*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 12. *Apud* Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 707.

proprietário o *jus disponendi*, o direito de dispor da substância da coisa, e a posse indireta, com a pretensão de recuperar a direta, futuramente, findo o usufruto.

No mesmo sentido, explica Paulo Nader<sup>469</sup> que o direito de uso permite ao usufrutuário a utilização da coisa de acordo com a sua destinação; a fruição consiste no direito de retirar da coisa os frutos - naturais, industriais ou civis. O usufrutuário pode valer-se da coisa como se dono fora, ressalvada a sua substância, pois esta permanece com o proprietário. O usufruto abrange todo o valor econômico do objeto. No usufruto, seu titular está autorizado a beneficiar-se da coisa como se dono fora, dispondo dos poderes de *jus utendi* e do *jus fruendi*, todavia, o *jus abutendi* é exclusivo do proprietário<sup>470</sup>.

Diz Caio Mário<sup>471</sup> que pode ser objeto de usufruto toda espécie de bens quer sejam móveis ou imóveis individualmente considerados, quer sejam bens corpóreos ou incorpóreos, quer seja um patrimônio todo inteiro ou parte dele como uma universalidade composta de bens corpóreos ou incorpóreos, abrangendo-lhe no todo ou em parte os frutos e utilidades. Acrescenta que, modernamente, se admite a incidência do usufruto sobre todo direito transmissível, determinado no proveito de que dele se tira, e, em particular, pode-se falar no usufruto de créditos, como no de valores representados por títulos nominativos endossáveis.

---

<sup>469</sup> Op. cit., p. 420-421.

<sup>470</sup> Também Cretella Júnior diz que o usufruto é o direito real em virtude do qual uma pessoa, denominada usufrutuária, pode usar temporariamente bem móvel ou imóvel, pertencente a outrem, contanto que não lhe altere a substância. O bem, objeto de usufruto, é como que desmembrado, dissociando-se-lhe os três elementos (direito de usar, direito de fruir e direito de dispor da coisa); as duas partes, o direito de usar e fruir, ficam para o usufrutuário; o direito de dispor continua com o nu-proprietário. Op. cit., p. 326.

<sup>471</sup> Op. cit., p.292-293.

Constitui-se o usufruto por negócio entre vivos, ou por causa de morte, seguido de registro. O usufruto de direito de família (CC 1689 I), ainda que gravando coisa imóvel, dispensa a formalidade de registro<sup>472</sup>.

O uso é um *jus in re aliena*, que atribui ao titular o poder de servir-se da coisa, móvel ou imóvel, singular ou coletiva, gratuita ou onerosamente, de acordo com a sua destinação, bem como auferir os frutos, na medida de suas necessidades pessoais e de sua família<sup>473</sup>; é direito real sobre bem móvel ou imóvel de propriedade de terceiro, instituído exclusivamente *ex voluntate*, pelo qual o usuário tem o direito de gozar da coisa e perceber os seus frutos (naturais ou civis), mas limitadamente (*modica perceptio*) ao necessário à sua vida e de sua família (*tantum necessitati servit*)<sup>474</sup>.

Nesse sentido, dispõe o art. 1.412 do Código Civil que o usuário usará a coisa e perceberá os seu frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família<sup>475</sup>. Daí afirmar Clóvis Beviláqua<sup>476</sup> que o uso é instituto destinado exclusivamente à proteção da vida do usuário e de sua família. Assim, tudo o que for necessário para que ele e sua família vivam integra o conceito de "necessidade" na percepção dos frutos advindos da coisa dada em uso. Incluem-se nessas necessidades a do usuário e a de sua família, nelas compreendidas as dos filhos solteiros e dos empregados da casa. Os filhos devem ser considerados como os existentes no momento da constituição do uso e os supervenientes a ela, o mesmo se podendo dizer dos auxiliares domésticos.

---

<sup>472</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 707.

<sup>473</sup> Cf. Paulo Nader, op. cit., p. 471.

<sup>474</sup> Goulart-Seffrin, Usufruto, p. 41. *Apud* Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 712.

<sup>475</sup> Também no Direito Civil português, de acordo com o art. 1.484º, nº 1, o direito de uso consiste na faculdade de servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medidas das necessidades, quer do titular, quer da sua família, cf. Osvaldo Gomes, op. cit., p. 61.

<sup>476</sup> Op. cit., v. 3, p. 247.

Para Teixeira de Freitas<sup>477</sup>, o *nomen iuris* do direito real não corresponde ao seu conteúdo, pois sugere apenas a restrita utilização da coisa, quando na realidade é mais amplo. O que se denota é que este direito contém um sentido assistencial, quando permite a fruição restrita às necessidades de uma família e limitada aos frutos naturais, excluindo-se destarte os civis.

Quanto à forma de constituição do uso, diz Paulo Nader<sup>478</sup> que esta ficará na dependência do objeto. Se imóvel, cujo valor supere trinta vezes o salário mínimo vigente no País, o negócio deverá realizar-se por escritura pública, levado o termo constitutivo ao Cartório de Registro de Imóveis. Não sendo o caso, poderá efetivar-se por instrumento particular. Acrescentam Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>479</sup> que a instituição do uso ocorre apenas por vontade expressa do instituidor (*ex voluntate*), por ato *inter vivos* ou *mortis causa*. Não existe direito real de uso que decorra da lei. O negócio jurídico de constituição do uso é contrato com eficácia real, a título gratuito (v.g. doação) ou oneroso (v.g. compra e venda, permuta). É necessário que o constituinte expresse a vontade de conceder ao usuário o direito de uso, estipulando-lhe o conteúdo e duração.

Aplicam-se ao uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto, conforme previsto no art. 1.413 do Código Civil.

A habitação é um direito real sobre a coisa alheia, que consiste no poder temporário de morar em unidade residencial, gratuitamente, juntamente com os membros da família, devendo necessariamente recair sobre

---

<sup>477</sup> *Apud* Paulo Nader, op. cit., p. 473.

<sup>478</sup> Op. cit., p. 476.

<sup>479</sup> Op. cit., p. 712.

bens imóveis que ofereçam condições de moradia. Pode abranger o imóvel em sua totalidade ou parte dele<sup>480</sup>.

Trata-se de direito personalíssimo, já que estabelece o art. 1.414 do Código Civil que, quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular desse direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família<sup>481</sup>.

Também Mário Müller Romitti<sup>482</sup> afirma que o titular não pode ceder ou modificar a destinação residencial do imóvel, nem mesmo torná-la mista. O direito se estende a tudo o que integra o imóvel, balcão, horta, varandas, etc., incluindo, ainda, as pertencas e acessórios. Entende que, falecido o titular, o direito se extingue, ainda que haja cônjuge e familiares. Se o titular vier a se separar, o direito continua a ele restrito; constituindo nova família, esta passará a integrá-lo.

A Lei n. 4.121, de 27-8-1962, criou o direito de habitação em favor do cônjuge sobrevivente, enquanto permanecer em estado de viuvez, desde que o imóvel da família seja o único residencial a inventariar. Já a Lei n. 9.278, de 10-5-1996, dispondo sobre a união estável, diz que sua dissolução, por morte de um dos conviventes, dá ao sobrevivente o direito real de habitação.

Quando o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que habite sozinha a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras. Todavia, ela não poderá impedi-las de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la (art. 1.415 CC).

---

<sup>480</sup> Nesse sentido Paulo Nader, op. cit., p. 483.

<sup>481</sup> Nesse sentido, também, Moraes Salles, op. cit., p. 652.

<sup>482</sup> Op. cit., p. 43-44.

São aplicáveis, também, à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto, conforme estabelecido no art. 1.416 do Código Civil.

Asseveram Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>483</sup> que os direitos reais de uso, habitação e usufruto são intransmissíveis. Os direitos reais do usuário, do usufrutuário<sup>484</sup> e do titular do direito real de habitação, em caso de morte de seus respectivos titulares, não se transmitem<sup>485</sup>, como os outros direitos aos herdeiros dessas pessoas falecidas (CC 1410 I, 1413 e 1416).

#### **1.2.2.4 - Do direito do promitente comprador**

O direito do promitente comprador do imóvel foi arrolado no art. 1.225, inc. VI, do Código Civil, como direito real. O seu art. 1.417 estabeleceu que, mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou o arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

No compromisso de compra e venda, sob o aspecto contratual, há um acordo de vontades, de cunho preliminar, por meio do qual uma parte se compromete a efetuar em favor de outra, em certo prazo, um

---

<sup>483</sup> Op. cit., p. 710.

<sup>484</sup> Registram que a inalienabilidade do direito real de usufruto não impede que o exercício desse mesmo direito possa ser objeto de cessão. Essa cessão tem natureza de direito obrigacional, mas não tem ingresso no registro imobiliário, por não se tratar de direito real, ainda que o usufruto seja de bem imóvel. O instrumento de cessão do exercício do usufruto pode ser registrado no cartório de títulos e documentos. Op. cit., p. 708.

<sup>485</sup> Já se decidiu que: "Penhora de usufruto. Inadmissibilidade. O usufruto convencional, por só poder ser alienado ao nu-proprietário, inalienável para qualquer outra pessoa que não aquele, é impenhorável, pois, se não ocorre alienabilidade do *ius in re*, também não pode ser exposto a constrição executória, cujo segmento final consiste em alienação forçada do bem a ela sujeito", RT 654/89; "Penhora. Efeitos patrimoniais do usufruto. A penhora pode incidir sobre os frutos e rendimentos oriundos do exercício do usufruto, como corolário do direito de o usufrutuário poder ceder, a terceiro, o exercício do direito real de usufruto", RT 412/208.

contrato de venda definitivo, mediante o pagamento do preço e cumprimento das demais cláusulas. É que, em determinado momento, pode não ser oportuno, possível ou conveniente às partes contratar de forma definitiva, plena e acabada. Elas podem necessitar de prazo maior de meditação para a conclusão do contrato definitivo, aguardar melhor situação econômica, ou pode o alienante pretender maior garantia de pagamento, não concluindo definitivamente a venda enquanto não pago o preço. O contrato representa um acréscimo patrimonial para o contratante. A posição contratual possui valor econômico relevante, tanto que pode ser cedida a título oneroso<sup>486</sup>.

Tem-se o direito real de aquisição de imóvel, quando os promitentes vendedor e comprador celebram contrato de promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento, mediante instrumento público ou particular, levado ao Cartório do Registro de Imóveis<sup>487</sup>; consiste no direito conferido em favor do compromissário comprador de coisa imóvel, em contrato de compromisso de compra e venda, no qual sempre se exigiu a presença das cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade<sup>488</sup>.

Entende Caio Mário<sup>489</sup> que, para que um contrato de promessa de venda dê nascimento ao direito real, é necessário que não venha acompanhada de cláusula de arrependimento, não sendo imprescindível que se declare expressamente a irretratabilidade<sup>490</sup>. A partir do momento do seu registro

---

<sup>486</sup> Cf. Sílvio Salvo Venosa, op. cit., v. 5, p. 614.

<sup>487</sup> Cf. Paulo Nader, op. cit., p. 495.

<sup>488</sup> Cf. Senise Lisboa ainda esclarece que a irretratabilidade importa em renúncia à cláusula de arrependimento e impede o desfazimento do negócio jurídico, salvo quando, por descumprimento da obrigação assumida, houver resolução, ou por distrato. A irrevogabilidade é a qualidade ou condição que não pode mais ser modificada ou suprimida, em face da exteriorização da vontade humana ou de lei. Diferenciam-se porque a irrevogabilidade é geral, mais ampla, e decorre da vontade ou da lei, enquanto a irretratabilidade decorre invariavelmente da renúncia ao exercício do direito de arrependimento. Op. cit., p. 477-478.

<sup>489</sup> Op. cit., p. 448-449.

<sup>490</sup> Também para Paulo Nader, como a regra dos contratos está enunciada no princípio da *pacta sunt servanda* (i. e., os pactos devem ser cumpridos) e a cláusula de arrependimento constitui uma exceção, mesmo diante do

é que vigora o direito real de promessa de venda, cujos efeitos *erga omnes* se originam dessa data do registro, e somente com ele podem ser invocados.

Sobre a irrevogabilidade, Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>491</sup> afirmam tratar-se de característica fundamental para que se constitua, em favor dos pretendentes à aquisição da coisa, o direito real; e que ela se caracteriza pela não inserção, nos contratos de compromisso, de cessão e de promessa de cessão, da cláusula de arrependimento, denominada também de arras penitenciais (CC 420).

Para Paulo Nader<sup>492</sup>, realizado o negócio jurídico nesses termos, o promitente comprador assume direitos e deveres obrigacionais e adquire direito real sobre o imóvel. Exige-se, como negócios jurídicos em geral, a plena capacidade das partes, que devem possuir, ainda, legitimidade para o ato em concreto. O promitente comprador contrai obrigação de dar, que executa mediante o pagamento, enquanto o promitente vendedor assume obrigação de fazer, que satisfaz com a outorga da escritura definitiva. O promitente vendedor se obriga a transmitir o domínio da coisa tão logo se complete o pagamento do preço. Mas a partir da celebração da promessa, salvo cláusula em contrário, o promitente comprador possui o direito de imitar-se na posse direta do imóvel, passando a ter direito ao *jus utendi* e ao *jus fruendi*. Por lhe faltar ainda o *jus abutendi*, o promitente comprador possui um direito real sobre objeto que não é de seu domínio, ou seja, sobre um *jus in re aliena*.

---

silêncio do texto contratual, a presunção é a irretroatividade e não o arrependimento, daí concluir pela desnecessidade de cláusula que vede a retratação. Op. cit., p. 496.

<sup>491</sup> Op. cit., p. 715.

<sup>492</sup> Op. cit., p. 495.



Assevera Orlando Gomes<sup>493</sup> ser inadmissível assimilar esse direito real ao de propriedade, já que o registro da promessa não é suficiente para a transferência da propriedade ao compromissário. Se a transmissão da propriedade ocorresse nesse momento, seria uma superfetação a exigência legal do título translativo, seja a escritura definitiva, seja a sentença de adjudicação. Além do mais, a anotação do contrato de promessa irrevogável não determina modificação do registro. A propriedade do bem continua inscrita em nome do promitente-vendedor. Reconhece que o direito do compromissário é tão extenso que se assemelha ao domínio útil, pois tem posse do imóvel e exerce as faculdades de uso e gozo, mas nem por isso se torna dono do imóvel que prometeu comprar. Habilitando terceiro, pelo trespasse do contrato, a adquiri-lo, cede apenas seus direitos sem que a cessão implique transferência da propriedade<sup>494</sup>.

Aduz, Salvo Venosa<sup>495</sup> que o compromisso de compra e venda traz em seu bojo a obrigação de contratar definitivamente, cuja natureza é uma obrigação de fazer. As parte obrigam-se à conclusão do contrato definitivo sob certo prazo ou condição. Destarte, diferencia-se de outros contratos preliminares, pré-contratos propriamente ditos, ou mera carta de intenções e acordo de cavalheiros, enquadrando-se como verdadeira modalidade de compra e venda<sup>496</sup>.

---

<sup>493</sup> Op. cit., p. 328.

<sup>494</sup> Já para Salvo Venosa, pelo compromisso de compra e venda de imóvel, os poderes inerentes ao domínio, *ius utendi, fruendi et abutendi*, são transferidos ao compromissário comprador. O promitente vendedor conserva tão-somente a nua propriedade, até que todo o preço seja pago. Entende que, nessa situação, o *ius abutendi*, direito de dispor, não é transferido de todo, mas vai esmaecendo e esvaindo-se à medida que o preço é pago até desaparecer com a quitação integral. Pago o preço, os poderes do domínio enfeixam-se no patrimônio do adquirente. Op. cit., p. 617.

<sup>495</sup> Op. cit., p. 615.

<sup>496</sup> Entende que melhor seria que a lei lhe desse um tratamento mais dinâmico, permitindo que por simples averbação no registro imobiliário, provando o adquirente ter pago todas as parcelas, a propriedade se tornasse plena; exigir nova escritura tão-só para essa finalidade é burocracia inadmissível na atualidade, atulhando ainda mais os tribunais com desnecessárias ações de adjudicação compulsória. Op. cit., p. 615.

Ressalta Paulo Nader<sup>497</sup> que a caracterização do direito real não exige a quitação do pagamento, apenas a definição do preço; que é irrelevante, para efeito de aquisição do direito real, a modalidade de pagamento, sendo possível a criação do direito real antes mesmo dos pagamentos. Em caso de inadimplemento, ao promitente vendedor é facultada a cobrança judicial ou a resolução do contrato. Verificada a resolução do contrato, ocorrerá a extinção do direito real<sup>498</sup>.

Nos termos previstos no art. 1.418 do Código Civil, o promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste foram cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Por meio desse princípio, se instituiu para a promessa de venda o direito de seqüela. Em poder de quem quer que se encontre, o imóvel acha-se gravado no direito real de promessa de venda. Em consequência, o promitente-comprador tem o poder de exigir a escritura definitiva do promitente-vendedor, originariamente. Recusada a entrega do imóvel comprometido, ou alienado este a terceiro, pode o promitente-comprador, munido da promessa inscrita, exigir que se efetive, adjudicando-lhe o juiz o bem em espécie, com todos os seus pertences<sup>499</sup>.

---

<sup>497</sup> Op. cit., p. 497.

<sup>498</sup> Também Caio Mário, ao tratar do preço, disse que este pode ser pago à vista, ou dividido em prestações, tendo o legislador deixado manifesto que não é *conditio legis* da constituição de direito real a quitação no ato, op. cit., p. 449.

<sup>499</sup> Ocorre, então, com a criação desse direito real, que a promessa de compra e venda se transforma de geradora de obrigação de fazer em criadora de obrigação de dar, que se executa mediante a entrega coativa da própria coisa. Op. cit., p. 450-451.

Vem-se entendendo que o compromisso de compra e venda não prevalece em relação a terceiros ou em face do condomínio, enquanto não registrado na respectiva circunscrição imobiliária<sup>500</sup>. Todavia o direito à adjudicação compulsória (art. 1418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário<sup>501</sup>. A promessa de venda gera efeitos obrigacionais, ainda que não formalizada por instrumento particular e não registrada. Mas a pretensão à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrita, assim, aos contratantes, não podendo prejudicar os direitos de terceiros, que entrementes hajam adquirido o imóvel e obtido o devido registro em seu nome, no ofício imobiliário<sup>502</sup>.

Para Mário Müller Romitti<sup>503</sup> o direito real do promitente comprador adquire-se pelo registro (art. 1.417). Isto significa que só poderá postular a adjudicação do imóvel o titular de compromisso de compra e venda registrado, já que decorrente da promessa real, e não apenas da promessa. Conforme esse autor, deixou de ter relevância, em face do texto expresso, o posicionamento anteriormente firmado, em especial a Súmula 239 do STF [sic], segundo o qual o registro objetivaria somente oponibilidade *erga omnes*, não interferindo nas relações entre as partes, já que ficou expressamente consignada a necessidade de registro.

Foi previsto no inc. I do art. 1.647 do Código Civil que nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. Como a

---

<sup>500</sup> RT 795/258.

<sup>501</sup> Cf. Súmula 239 do STJ, nos termos seguintes: "O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis".

<sup>502</sup> RSTJ 43/458.

<sup>503</sup> *Comentários ao código civil brasileiro: do direito das coisas*. Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13, p. 51.

promessa de venda gera um direito sobre imóvel, não pode faltar a outorga da mulher do promitente-vendedor, ou, em pertencendo o bem a mulher, não pode faltar a autorização marital, para a validade ou eficácia do direito<sup>504</sup>.

É de se ressaltar, que o direito real de aquisição de imóvel tem por objeto, em princípio um bem imóvel, quer estejam situados na zona urbana ou rural, quer se trate de lote de terreno ou área edificada. Eventual promessa de venda de bem móvel não gera para o promitente comprador um direito real<sup>505</sup>. Todavia, alguns bens móveis, como, por exemplo, as ações de uma sociedade anônima podem ser prometidas irrevogavelmente à venda<sup>506</sup>.

#### **1.2.2.5 - Do penhor, da hipoteca e da anticrese**

Sob a denominação de direitos reais de garantia, compreendem-se, no sistema jurídico do País, o penhor, a hipoteca e a anticrese. Direito real de garantia é o que confere ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor de bem aplicado exclusivamente à sua satisfação<sup>507</sup>. O credor não exerce direito sobre a coisa alheia, mas tem preferência sobre o preço apurado na sua venda judicial. Daí, dizer-se que, na essência, a garantia real consiste na realização do valor da coisa, isto é, em obter certa soma de dinheiro, mediante sua alienação<sup>508</sup>.

Buscou-se, por meio da vinculação de um bem específico, obter uma garantia que fosse mais eficaz do que aquela representada pelo patrimônio do devedor como um todo. Daí que, não sendo paga a dívida, esse

---

<sup>504</sup> Nesse sentido, Caio Mário, op. cit., p. 449.

<sup>505</sup> Cf. Paulo Nader, op. cit., p. 496-497.

<sup>506</sup> Cf. Orlando Gomes, op. cit., p. 324-325.

<sup>507</sup> Cf. Orlando Gomes, op. cit., p. 344.

<sup>508</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 324.

bem vai servir para, prioritariamente, propiciar o seu pagamento, ou por meio da alienação (para que com o produto se pague o credor) ou, então, por meio da transferência temporária do direito de exploração econômica desse mesmo bem<sup>509</sup>.

Esclarece Dantas Júnior<sup>510</sup> que essa vinculação ocorre em todas as três modalidades de direitos reais de garantia previstos no presente artigo, o penhor, a hipoteca e a anticrese. No penhor, em regra, esse bem que fica vinculado ao pagamento da obrigação será móvel (embora no penhor rural possa ser um bem imóvel por acessão), ao passo que na hipoteca e na anticrese esse bem será um imóvel, podendo ser um imóvel propriamente dito ou mesmo um direito real incidente sobre um imóvel, já que, para os efeitos legais, tal direito também é considerado como bem imóvel (art. 80, I, CC).

Foi estabelecido no art. 1.419 do Código Civil que, nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

Os direitos reais de garantia, além de reais, são acessórios, uma vez que eles não existem de forma autônoma, pois sempre dependerão da existência de uma obrigação principal para que também possam existir. Também são, em regra, indivisíveis, já que, nos termos do art. 1.421 do Código Civil, o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa em exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação<sup>511</sup>, ou previsão legal em contrário,

---

<sup>509</sup> Cf. Aldemiro Rezende Dantas Júnior. *Comentários ao código civil brasileiro: do direito das coisas*; coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 57.

<sup>510</sup> Idem, p. 58.

<sup>511</sup> Ainda, o art. 1.429 do Código Civil dispõe que os sucessores do devedor não podem remir parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões; qualquer deles, porém, pode fazê-lo no todo.

como a constante no art. 1.490 do Código Civil, que admite a possibilidade de divisão, se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, quando poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito (art. 1.488)<sup>512</sup>.

Explicam Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>513</sup> que o crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie (CC 961). Por específica previsão legal, os direitos reais são títulos legais de preferência (CC 958). Preferência é a vantagem peculiar a certos credores, dada a qualidade do seu crédito, de serem pagos em primeiro lugar, quando em competição com outros credores<sup>514</sup>.

Para a validade da garantia real, deve ser observado que só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese. Exige-se, além da capacidade genérica para os atos da vida civil, a especial para alienar. Também se faz necessário que o bem dado em garantia seja passível de alienação, ou seja, disponível. Decorre, pois, que os bens inalienáveis, quer por sua própria natureza, quer por disposição legal, quer por vontade humana, não podem ser dados em garantia real. Tais requisitos foram expressamente referidos no art. 1.420 do Código Civil.

Quanto à sua regularidade formal, estabeleceu o art. 1.424 do Código Civil alguns requisitos que devem ser observados, sob pena de

---

<sup>512</sup> Nesse sentido, Dantas Júnior que acrescenta que, em nada é afetada a indivisibilidade da garantia real, caso se tenha previamente ajustado que o pagamento poderia ser feito em parcelas, já que ainda assim não poderá o devedor exigir a liberação parcial e proporcional da garantia, ao pagar parcialmente a dívida, mesmo que tal garantia seja incidente sobre vários bens, ao mesmo tempo. Da mesma forma, falecendo o credor hipotecário e transmitindo aos seus herdeiros o direito ao recebimento do crédito que se encontra garantido pela hipoteca, cada um desses herdeiros, embora seja titular de apenas uma quota do crédito, terá a garantia referente à totalidade do imóvel sobre o qual ela incide. Op. cit., p. 62-63 e 86-87.

<sup>513</sup> Op. cit., p. 718.

<sup>514</sup> cf. Pedro Nunes, *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 3. ed., 1956, v. 2, p. 272. *Apud* Moraes Salles, op. cit., p. 659.

ineficácia. Assim, os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca deverão conter o valor do crédito, sua estimação ou valor máximo; o prazo fixado para pagamento; a taxa de juros, se houver; e o bem dado em garantia com as suas especificações.

O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipoteca ou empenhada, e preferir, no pagamento, outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade do registro, salvo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos (art. 1.422 e parágrafo único do Código Civil). Ao credor anticrético foi tão-só assegurado o direito a reter em seu poder o bem, enquanto a dívida não for paga, extinguindo-se esse direito decorridos quinze anos da data de sua constituição (art. 1.423 do Código Civil).

Esclarece Dantas Júnior<sup>515</sup> que se deve entender por excutir o direito de executar a garantia, levando o bem à alienação e, com o produto, pagando-se a dívida, com preferência sobre os demais credores, sendo essa a finalidade básica da hipoteca e do penhor. Executado o bem, de modo geral a preferência para o pagamento, com o produto obtido, será do credor hipotecário ou pignoratício. Existem, contudo, algumas exceções, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.422 do Código Civil<sup>516</sup>, que, quando ocorrentes,

---

<sup>515</sup> Op. cit., p. 93-95.

<sup>516</sup> Só há interesse nessas exceções, quando os bens do devedor se mostrarem insuficientes para o pagamento de todas as suas dívidas. A Lei n. 10.101, de 9-2-2005, que disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, em seu art. 83, dispôs que a classificação dos créditos da falência obedece a seguinte ordem: I- os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II- créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III- créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV- créditos com privilégio especial, a saber: a) os previstos no art. 964, da Lei n. 10.406, de 10-1-2002 (Código Civil); b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujo titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; V- créditos com privilégio, a saber: a) os previstos no art. 965 da Lei n. 10.406, de 10-1-2002 (Código Civil); b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei ("Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação

afastam a preferência do credor hipotecário ou pignoratício. Havendo sobras, após o pagamento da dívida garantida, será feito o pagamento dos demais credores, se houver. Não havendo, as sobras serão devolvidas ao devedor. Lembra que também é possível o pagamento da dívida de outro modo, sem que haja a execução da garantia real, por meio da dação em pagamento, prevista no art. 1.428, parágrafo único.

Se o valor de venda do bem dado em garantia não bastar para o pagamento da dívida, o credor continuará a ser credor do saldo. Quanto a essa parte sua posição será a de credor quirografário<sup>517</sup>.

Acrescem Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>518</sup> que a regra é de que o credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir no pagamento a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro (CC 1422); pode, também, o credor, em caso de penhor, se o contato permitir, ou o devedor autorizar, vender amigavelmente a coisa empenhada (CC 1433 IV).

---

de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação"); c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; VI- créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inc. I do *caput* deste artigo; VII- as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; VIII- créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou contrato; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício. O seu § 1º (art. 83), dispõe que, para os fins do inciso II do *caput* deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecada com a sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado. Acrescenta Dantas Júnior que, dentre os trabalhadores em geral, o trabalhador agrícola tem preferência sobre os demais, em relação ao produto da colheita para a qual tenha contribuído com o seu trabalho (CC, art. 964, VIII). O Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), por sua vez, confere aos créditos tributários a preferência sobre quaisquer outros, ainda que vinculados à garantia real e ainda que mais antigos, excetuados apenas os créditos decorrente da legislação do trabalho (art. 186). Caso os tributos se tornem exigíveis no curso da falência, aí terão preferência até mesmo sobre os créditos trabalhistas (art. 188). As dívidas e encargos da massa falida, incluindo as custas e despesas judiciais do próprio processo de falência, vêm em seguida, na ordem da preferência. Depois de pagos esses créditos, é que deverão ser pagos os créditos com direito real de garantia (Lei de Falências, art. 102, I). Op. cit., p. 101-102.

<sup>517</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 719.

<sup>518</sup> Op. cit., p. 719.



No caso da dívida garantida por anticrese, o objetivo do exequente é a exigência de que o imóvel lhe seja entregue, para que possa retê-lo e se apropriar dos frutos e rendimentos produzidos; esse direito de retenção persistirá até que a dívida esteja integralmente paga, por um período máximo de quinze anos contados a partir da data da constituição da garantia, findo os quais ela se extingue, devendo o imóvel ser devolvido ao devedor, mesmo que ainda exista algum saldo da dívida a ser pago ao credor. Enquanto durar a retenção, o credor poderá administrar direta ou indiretamente esse imóvel, ou seja, poderá explorá-lo pessoalmente e fruir de seus frutos e suas utilidades (art. 1.507 CC)<sup>519</sup>.

O penhor é o direito real que consiste na tradição de uma coisa móvel, suscetível de alienação, realizada pelo devedor ou por terceiro, ao credor, em garantia do débito<sup>520</sup>; consiste em um pacto acessório de obrigação, pelo qual o devedor, conservando a posse indireta, entrega coisa móvel e alienável ao credor, a título de garantia de adimplemento de dívida<sup>521</sup>; é o direito real que compete ao credor sobre coisa móvel que lhe fora entregue pelo devedor ou por terceiro para segurança de seu crédito, por força do qual poderá retê-la até se verificar o pagamento ou aliená-la na falta deste<sup>522</sup>. Está regulado pelos arts. 1.431 a 1.472 do Código Civil.

Sérgio Shimura<sup>523</sup> explica que não se deve confundir o penhor com a penhora. O primeiro é instituto de direito civil, consistente em um direito real sobre coisa alheia, instituído por lei ou contrato. Já a penhora decorre de ato jurisdicional executivo, portanto, de natureza processual. Além do que, na

---

<sup>519</sup> Cf. Dantas Júnior, op. cit., p. 105-106.

<sup>520</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 338.

<sup>521</sup> Cf. Paulo Nader, op. cit., p. 529.

<sup>522</sup> Cf. Fraga, *Dir. reais de garantia*, p. 141. *Apud* Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 720.

<sup>523</sup> *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 319.

penhora, a constrição e a subtração da livre disponibilidade do bem acontecem independentemente da vontade do devedor.

A hipoteca é um contrato acessório de garantia, celebrado por escrito público ou particular e levado ao registro imobiliário, incidente sobre imóvel, navio ou aeronave, de propriedade do devedor ou de terceiro, sem desapossamento, em função de obrigação assumida em contrato principal, pelo qual ao credor é conferido, em caso de inadimplência, o direito de vender a coisa judicialmente, ainda que transferida para outrem, e, preferencialmente, satisfazer o seu crédito<sup>524</sup>; é o direito real de garantia de natureza civil, incidente em bem imóvel do devedor ou de terceiro, sem transmissão da posse ao credor<sup>525</sup>; é uma modalidade de garantia real de dívida. Para sua eficácia a lei exige, além da capacidade geral para os bens da vida civil, a especial para alienar<sup>526</sup>. Está regulada pelos arts. 1.473 a 1.510 do Código Civil.

A jurisprudência vem-se manifestando pela possibilidade da penhorabilidade do bem hipotecado<sup>527</sup>, mesmo porque o crédito hipotecário, privilegiado que é, será preferencialmente satisfeito, restando ao quirografário a sobra<sup>528</sup>. Não é possível, entretanto, a constituição de hipoteca judicial sobre bem de família.<sup>529</sup>

---

<sup>524</sup> Cf. Paulo Nader, op. cit., p. 561.

<sup>525</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 368.

<sup>526</sup> Assim, entendeu o STJ, que o bem não poderia ter sido dado em garantia, porque o devedor (o marido) não tinha a livre disposição da coisa, não tinha legitimação para fazê-lo, uma vez que necessitava de autorização da esposa, cf. decidiu sua 3. T., no REsp 651318-MG, rel. Min. Gomes de Barros, DJU 6-12-2004, p. 309, e RT 334/210.

<sup>527</sup> Entendendo que não ocorre a pretendida impenhorabilidade do bem hipotecado, já decidiu o STF, 1ª T., RE 103.425-4-SP, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 27-2-1987, p. 2.956.

<sup>528</sup> TJRJ, 2. Câmara, Ag 1321/99, rel. Des. Sergio Cavalieri Filho. *Apud* Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 724.

<sup>529</sup> Nesse sentido já decidiu o STJ, entendendo que: "Bem de família. Hipoteca judicial. Impossibilidade. A impenhorabilidade de que cuida o art. 1º da Lei 8.009/90 alcança - por isso mesmo que impede - a constituição de hipoteca judicial. A hipoteca judicial objetiva fundamentalmente garantir a execução de sentença condenatória, o que importa dizer que o bem que lhe serve de objeto será penhorado e expropriado, quando promovida a execução, para cumprimento da condenação, desde que a obrigação imposta pela sentença não seja cumprida ou inexistirem outros bens do vencido. Sendo assim, a constituição da hipoteca judicial sobre bem

A regra que trata do registro da hipoteca (CC 1493) determina que os registros sigam a ordem em que forem requeridos, de acordo com a numeração sucessiva do protocolo. Esse número de ordem determinará prioridade do registro e, por conseguinte, a preferência entre as hipotecas (CC 1.493, parágrafo único)<sup>530</sup>.

A anticrese é o direito real sobre imóvel alheio, em virtude do qual o credor obtém a posse da coisa a fim de perceber-lhe os frutos e imputá-los no pagamento da dívida, juros e capital<sup>531</sup>; é um direito real sobre coisa imóvel pelo qual o devedor transfere a sua posse ao credor para que este perceba e retenha seus frutos imputando-os no pagamento da dívida<sup>532</sup>; é o direito real sobre imóvel alheio, em virtude do qual o credor o possui, a fim de perceber-lhe os frutos e imputá-los no pagamento da dívida, juros e capital, ou somente dos juros<sup>533</sup>.

Exemplifica Sérgio Shimura<sup>534</sup> que o devedor entrega um imóvel ao credor para que o possua, o administre e o desfrute, até ser integralmente paga a dívida; priva o devedor de sua posse e gozo. Difere da hipoteca, eis que nesta o imóvel gravado permanece em poder do devedor hipotecante, além do que cabe ao próprio devedor a administração e percepção dos frutos.

---

impenhorável não conduz a nenhuma utilidade, pois ela em nada resultaria, já que não é permitida a expropriação desse bem", STJ, 4. T., Rec. MS 12373-RJ, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU 12-2-2001, p.115.

<sup>530</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 718.

<sup>531</sup> Cf. Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, op. cit., v. 3, p. 403.

<sup>532</sup> Cf. Caio Mário, op. cit., p. 416.

<sup>533</sup> Cf. Clóvis Beviláqua, *Coisas*, v. 2, p. 87. *Apud* Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 729.

<sup>534</sup> Op. cit., p. 321.

## Capítulo 2- DA DESAPROPRIAÇÃO

### 2.1- Conceito

Segundo os léxicos, desapropriar significa privar alguém da propriedade; expropriar, desapossar<sup>535</sup>.

Os prefixos *des* e *ex* transmitem ao vocábulo a que se agregam a faculdade negativa que têm na língua originária, a de esvaziar ou contrariar a idéia nuclear do vocábulo primitivo a que se incorporam. Daí que, se apropriação, termo formado de próprio, cognato de propriedade, encerra a idéia fundamental de tornar próprio, incorporar, agregar, adquirir, os antônimos desapropriação e expropriação agasalham a idéia oposta e negativa, de perda, desincorporação, desagregação, afastamento, privação do que é próprio, perda da propriedade<sup>536</sup>.

Os termos desapropriação e expropriação se equivalem. Nos países de língua latina, prevalece o uso do vocábulo expropriação. Em Portugal usa-se a palavra expropriação; em França, *expropriation*; na Itália,

---

<sup>535</sup> Cf. Aurélio Buarque de Holanda, *in Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999, p. 633 e 864, e Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, *in Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 956 e 1.290.

<sup>536</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 14.

*espropriazione* e nos países de língua espanhola, *expropiación*. No Brasil, prevaleceu o uso de desapropriação nas Constituições e nas leis ordinárias<sup>537</sup>.

Como bem observado por Paulo Torminn Borges<sup>538</sup>, pode parecer que a desapropriação seja um meio de se negar o direito de propriedade. Mas não o é. Ao contrário, é confissão de respeito ao direito de propriedade, pelo reconhecimento de que o Poder Público só pode subtrair a propriedade do particular obedecendo a regras jurídicas precisas. Além do mais, o instituto não atinge o direito de propriedade em sua característica mais avultada, que é o seu valor econômico, ocorrendo apenas uma permuta de valores; substitui-se um bem, que é o objeto do direito de propriedade, por outro bem, o seu preço em dinheiro.

A desapropriação é o exercício de um direito do Estado, mas é, também, um dever que a ele se impõe de prover ao bem público. Também para Eurico Sodré<sup>539</sup>, quando o Estado desapropria, ele não comete violência, nem abuso de poder, mas exerce um direito funcional e constitucional.

Maurice Hauriou<sup>540</sup> considera a desapropriação por utilidade pública o processo pelo qual o Poder Público ordena a aquisição de terrenos e de edifícios indispensáveis ao uso do público ou ao dos serviços públicos. Distingue a desapropriação direta, resultante de processos organizados para atingir as finalidades administrativas, da desapropriação indireta, que se verifica quando essas finalidades são objetivadas, mas sem a utilização do processo previsto em lei.

---

<sup>537</sup> Cf. registra Paulo Jorge de Lima, a Constituição de 1824 falava em uso e emprego da propriedade, op. cit., p. 18.

<sup>538</sup> Op. cit., p. 93.

<sup>539</sup> Op. cit., p. 15.

<sup>540</sup> *Précis de droit administratif et de droit public*, 11. ed., 1927, p. 725. *Apud* Cretella Júnior, op. cit., p. 16.

Zanobini<sup>541</sup> entende a desapropriação como o instituto de direito público mediante o qual um sujeito, indenizado previamente e de maneira justa, pode ser privado do direito de propriedade que tem sobre uma coisa em benefício de outro sujeito, quando isso é exigido por motivos de interesse público.

Miguel Marienhoff<sup>542</sup> define a expropriação como o meio jurídico por meio do qual o Estado obtém a transferência de um bem de um patrimônio a outro, em decorrência de utilidade pública, mediante prévia indenização.

Entende José Osvaldo Gomes<sup>543</sup> que a noção de expropriação por utilidade pública pode ser encarada numa perspectiva estrutural, definindo-se como manifestação de um poder funcional conferido pela lei e por ela delimitado, de natureza inovatória e de que resulta a imposição de sacrifícios aos expropriados; numa perspectiva procedimental, tendo em conta a seqüência de atos e formalidades integrantes do procedimento administrativo e do processo judicial conducentes ao ato expropriativo e dele originados; e ainda numa perspectiva teleológica, acentuando que com a expropriação se visa à realização de um fim de interesse público (fim imediato), por meio da aquisição forçada de imóveis e de direitos a eles inerentes (fim mediato).

Para Jeanne Lemasurier<sup>544</sup>, na sua concepção atual, já que o Estado intervém na marcha imobiliária para realizar inúmeras operações de organização do território e do urbanismo (p. ex., criação de zonas industriais ou de habitação, construção de novas cidades, implantação de centrais nucleares, de

---

<sup>541</sup> *Corso di diritto amministrativo*, 3. ed. 1948, v. 4, p. 179. *Apud* Cretella Júnior, op. cit., p. 16-17.

<sup>542</sup> *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 4, p.127.

<sup>543</sup> Op. cit., p. 12.

<sup>544</sup> *Le Droit de l'Expropriation*. Paris, 1995, p. 14-15. *Apud* José Osvaldo Gomes, op. cit., p. 12.

aeroportos, de auto-estradas, etc.), a expropriação tornou-se, dentre outras, uma técnica de intervencionismo imobiliário. Define a expropriação como um procedimento ao mesmo tempo administrativo e judiciário, pelo qual o Poder Público se utiliza de seu poder de constrição, mediante certas garantias, para obter a propriedade de um imóvel, ou de um direito real imobiliário, tendo como objetivo um interesse geral.

Rosanna de Nictolis<sup>545</sup> diz que, em termos gerais, entende-se por expropriação a medida autoritária restritiva, destinada a subtrair um bem ou um direito do seu proprietário. Estabelece o art. 42 da Constituição italiana que a propriedade privada pode ser desapropriada por motivos de interesse geral, nos casos previstos pela lei, e mediante indenização. À luz do texto único decorrente do Decreto n. 327 do Presidente da República, de 8-6-2001, com as alterações introduzidas pelo Dec.-lei n. 302/2002, define a expropriação como o procedimento de caráter público destinado à aquisição do direito de propriedade ou de outro direito menor, real ou pessoal, sobre um bem imóvel, pertencente a sujeito privado ou mesmo a ente público, e em favor de ente público ou privado, com o fim de realização de obras públicas ou de utilidade pública, ou para fruição e uso da coletividade, por meio da devida indenização, e mediante um ato autoritário (decreto de desapropriação) ou um contrato particular (cessão voluntária).

Pontes de Miranda<sup>546</sup> conceituou a desapropriação como o ato de direito público mediante o qual o Estado subtrai direito, ou subtrai o direito de outrem, a favor de si mesmo ou de outrem, por necessidade ou utilidade

---

<sup>545</sup> *L'espropriazione per pubblica utilità*: commento al testo unico emanato con il decreto del presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 como modificato dal D.Lgs. 302/2002, 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 4-5.

<sup>546</sup> *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, v. 14, p. 145. E, também como sendo a retirada integral da propriedade, com indenização integral, que há de ser, no direito brasileiro, prévia e justa. *In Tratados das ações: ações constitutivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. 4, 1973, p. 434.

pública, ou por interesse social, ou simplesmente o extingue. A privação de elementos da propriedade é expropriação.

Para José Afonso da Silva<sup>547</sup> é limitação que afeta o caráter perpétuo da propriedade, porque é meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade particular especialmente para o seu patrimônio ou de seus delegados, o que só pode verificar-se por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Constituição (art. 5º, XXIV) que são as desapropriações-sanção por não estar a propriedade urbana ou rural cumprindo sua função social, quando, então, a indenização se fará mediante título da dívida pública ou da dívida agrária (arts. 182 e 184).

Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>548</sup> define a desapropriação como sendo a transferência de titulação de propriedade do patrimônio particular para o público, segundo condições preestabelecidas que deixem indene, na forma justa, o patrimônio do qual se retira o bem necessário à realização de interesse público específico.

Para os administrativistas, a desapropriação, do ponto de vista teórico, é o procedimento pelo qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público, representando um sacrifício de direito imposto ao desapropriado<sup>549</sup>; em sentido estrito, é o procedimento complexo de direito público, mediante o qual o Estado, necessitando de um bem para fins públicos, subtrai a propriedade desse bem, pagando indenização prévia, justa e em

---

<sup>547</sup> Op. cit., p. 253/254.

<sup>548</sup> Observações sobre a desapropriação no direito brasileiro. In Revista de Direito Administrativo, v. 204, p. 35.

<sup>549</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 799.



dinheiro<sup>550</sup>; ou é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização<sup>551</sup>; ou é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, por meio de 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<sup>552</sup>.

Para os civilistas, é geralmente conceituada como sendo forma de perda da propriedade. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro<sup>553</sup> diz que pela expropriação o titular perde a propriedade, que se transfere, por necessidade ou utilidade pública, e também por interesse social, para o patrimônio do expropriante; opera-se a passagem do domínio para a entidade que promove a desapropriação. Senise Lisboa<sup>554</sup> diz que é a perda compulsória do bem, por decreto expropriatório emanado da autoridade administrativa competente, mediante o pagamento de indenização prévia e justa, nos casos de necessidade ou utilidade pública e interesse social. Para Arruda Alvim<sup>555</sup> a desapropriação no direito positivo brasileiro consiste numa forma de retirada de um bem do particular, passando do domínio deste para o domínio do ente público que o venha a desapropriar, mediante processo judicial ou não, com base nos motivos que permitem a desapropriação, e pagando-se ao particular, em dinheiro, prévia e justa indenização.

---

<sup>550</sup> Cf. José Cretella Júnior, *in Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2, p. 34.

<sup>551</sup> Cf. José dos Santos Carvalho Filho, *op. cit.*, p. 666.

<sup>552</sup> Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 170.

<sup>553</sup> *Op. cit.*, p. 161.

<sup>554</sup> *In Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 4, p. 347.

<sup>555</sup> *In Desapropriação e valor no direito e na jurisprudência*. Revista de Direito Administrativo, v. 102, p. 45.

A jurisprudência também tem se manifestado no sentido de que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, sendo o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, por meio de prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, mediante justa indenização em dinheiro<sup>556</sup>; 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<sup>557</sup>.

Diz Paulo Jorge de Lima<sup>558</sup> que, no vocabulário jurídico, a desapropriação é suscetível de ser empregada em dois sentidos. Na primeira acepção, *lato sensu*, designa todos os casos de transladação forçada da propriedade. Estritamente, porém, a desapropriação indica tão somente o ato pelo qual o Poder Público retira de alguém a propriedade sobre algum bem, para fins de utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social, indenizando o proprietário.

Pelo que se depreende, a desapropriação pode ser vista como um instrumento de que se vale o Estado como meio de solucionar e harmonizar uma situação antagônica entre o interesse público e o interesse do proprietário. No caso de a necessidade ou o interesse público reclamarem a utilização de um determinado bem, colidindo, portanto, com o interesse do proprietário em se manter como seu titular, prevalecerá o interesse público. Buscando evitar que essa transferência acarrete maiores prejuízos ao proprietário, o ordenamento jurídico elegeu o processo expropriatório como o meio idôneo para lograr a

---

<sup>556</sup> TJMG, proc. 1.0042.03.004660-3/001(1), rel. Duarte de Paula, DJ 30-11-2005, s/p.

<sup>557</sup> TJMG, proc. 1.0000.00.314540-6/000(1), rel. Wander Marotta, DJ 10-4-2003, s/p.

<sup>558</sup> *Desapropriação por interesse social*. São Paulo: Fulgor, 1965, p. 17.

satisfação dos interesses públicos sem prejuízo do direito do proprietário. Em regra, as normas que tratam do processo expropriatório identificam as hipóteses de necessidade-utilidade pública e estabelecem a indenização prévia como requisito essencial à desapropriação.

Observa Roberto Barcellos de Magalhães<sup>559</sup> que a desapropriação tem como elemento essencial a coação e, como consequência, a translação do domínio; que se legitima pelo poder de império que compõe o próprio poder estatal. Não se confunde com a alienação ou compra e venda, já que ausente o elemento volitivo que preside a formação desse último contrato. Entende que melhor seria falar em venda forçada visto que, na verdade, o Estado coage o particular a transferir-lhe a propriedade de um bem mediante certo preço.

Ressalta, ainda, que a desapropriação não deve significar um sacrifício do direito individual do proprietário, mas sim, uma forma de contribuição para a melhoria das condições de vida da população. Os benefícios obtidos serão revertidos também em favor do próprio expropriado e de suas futuras gerações, já que tem sempre a desapropriação um fim coletivo, de destinação da propriedade ao uso público ou à utilidade social<sup>560</sup>.

Acrescenta Paulo Jorge de Lima<sup>561</sup> que a desapropriação é, na sua essência, ato de soberania, inerente ao poder do Estado, todavia somente pode ser exercida, em um regime juridicamente organizado, por determinadas autoridades, às quais a lei outorga competência para tal fim. A coação é elemento da própria substância do ato expropriatório, em virtude do caráter

---

<sup>559</sup> *Teoria e prática da desapropriação no direito brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação, prática*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1968, p. 13.

<sup>560</sup> Op. cit., p. 22-23 e 10.

<sup>561</sup> Op. cit., p. 35-36.

unilateral de que ele se reveste, não podendo o proprietário opor-se à transferência da propriedade, a qual se opera, pois, contra a sua vontade. Por outro lado, a indenização, qualquer que seja a forma de pagamento ou o critério usado para fixá-la, apresenta-se como elemento indispensável à caracterização do instituto, que, sem ela, confundir-se-ia com o confisco, que é figura jurídica diversa.

Com fundamento nessas observações, considera Jorge de Lima<sup>562</sup> a desapropriação como sendo o ato de soberania pelo qual o Estado, por meio das autoridades competentes, retira, coativamente, de uma pessoa física ou jurídica, por motivos de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social, mediante o pagamento de uma indenização, o direito de propriedade sobre determinado bem de qualquer natureza, em proveito do próprio Estado.

A desapropriação, sob esse enfoque, consiste, portanto, em um poder do Estado, já que a possibilidade de expropriar é exercida em decorrência da soberania do Estado, cuja vontade se impõe, de forma coativa, em face do titular da propriedade. Consiste, também, numa atividade estatal, que deverá ser praticada sempre que a necessidade, a utilidade pública, ou o interesse social o exigir.

Sob outro ângulo, consiste em um direito-garantia do proprietário, que só poderá ser privado de seu bem, nas hipóteses que o exigir o interesse público e mediante o pagamento de indenização, na forma prevista em lei. Além do mais, lhe é garantido, de forma ampla (aspecto substancial e material), o direito ao devido processo legal.

---

<sup>562</sup> Op. cit., p. 36.

A própria Constituição Federal tratou do instituto no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, inc. XXIV), logo após garantir o direito de propriedade, determinando que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos em que ela própria prevê o pagamento de forma diversa. Configura-se como cláusula pétrea, não sendo passível de supressão sequer por emenda à Constituição (art. 60, § 4º, CF).

Pode, ainda, consistir no processo a ser adotado pelo Poder Público, previsto em lei, para obter a transferência compulsória da propriedade. Apresenta-se como uma seqüência de atos, interdependentes e interligados entre si, visando ao provimento final. Inicia-se com a declaração de necessidade, utilidade pública, ou interesse social, após o quê, vários atos, tidos como preparatórios, deverão ser praticados pelo Poder Público e pelo expropriado, até a consecução do objetivo final.

## **2.2 - Histórico**

Existem opiniões variadas sobre o conhecimento e prática da desapropriação pelos romanos.

Alguns defendem que os romanos desconheciam a desapropriação, já que para eles a propriedade era sagrada e inviolável, opinião defendida por, entre outros, Proudhon, Laboulaye, Dumaye. Para Baunny de Récy, a desapropriação foi desconhecida na república e nos primeiros tempos imperiais, dela só ocorrendo alguns exemplos em Constantinopla, depois da

divisão do Império, mesmo assim, não consistia em aplicação de um princípio geral, mas abusos de poder. Outros, entre eles Serrigny, Balbie e Meucci, defendem que o princípio da desapropriação já existia no direito romano; todavia não era regulado por leis especiais, e sim, exercitado arbitrariamente, principalmente durante o Império. Finalmente há os que entendem que os romanos conheciam e praticavam a desapropriação de acordo com fórmulas e princípios iguais aos das leis modernas. Incluem-se entre seus defensores Romagnosi, Acame e De Bosio<sup>563</sup>.

Na opinião de Eurico Sodré<sup>564</sup>, os romanos conheciam a desapropriação, ainda que não a tivessem regulamentado, ou sistematizado de forma institucional, justificando que tanto isso é certo que o próprio Digesto e o Código Theodosiano versaram sobre o assunto, embora de maneira incompleta e obscura, denunciando o teor de arbítrio com que era aplicado.

Sabbatini<sup>565</sup> informa que existia norma no direito romano que permitia ser privado o proprietário de seu próprio bem, mencionando a lei 12, Dig., de *religiosis*, que, prevendo o interesse de se obter acesso público a local onde fora levantado um sepulcro, conferia ao Estado uma ação chamada extraordinária para obter tal acesso, mediante justa compensação ao proprietário; e o § 1 da Lei 14, *Dig. quemadm. serv. amitt.*, segundo o qual, destruída uma via pública, o proprietário que possuía uma via particular era obrigado a concedê-la ao uso geral.

---

<sup>563</sup> Cf. classificação apresentada por Sabbatini, *apud* Eurico Sodré, op. cit., p. 11.

<sup>564</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>565</sup> *Apud* Barcellos de Magalhães, op. cit., p. 17-18.

Para Barcellos Magalhães<sup>566</sup> esses dois casos, porém, exprimem mais hipóteses de servidão legal do que propriamente de expropriação, aduzindo que:

O *Corpus Juris* continha alguns princípios que condensam princípio expropriatório [sic] merecendo especial destaque o que se referia à cessão forçada de coisas móveis (L. 1 *Cod. ut nemini liceat in emtione specierum*, x 27). Quanto à desapropriação de imóveis para execução de obra pública, - é relevantíssimo citar a L. 9, de *operibus publicis*, VIII, 12, estabelecendo que se podia demolir uma casa particular por motivo de obra pública. A esta lei se pode ajuntar a Novela VII que, em caso de utilidade pública, autorizava, em termos gerais, a ocupação de bens da igreja. São de se recordar ainda três Constituições muito relevantes para a nossa matéria, inscritas no Código Teodosiano e relativas a três casos diversos de expropriação. A primeira, no ano 412, foi promulgada com vistas à construção de um pórtico junto às termas de Honório, *cujus decus tantum est ut privata juste negligeretur paulisper utilitas*. A segunda, um ano depois, refere-se à construção da nova muralha de Constantinopla, dispondo sobre a ocupação de terrenos necessários a tal fim. A última, finalmente, contida no Código Teodosiano é do ano 425 sobre a edificação de uma academia ou sala de conferência (*exedra*), e na qual estabelece um novo tipo de compensação ao proprietário expropriado - a permuta por uma velha basílica. Do exame de toda a legislação romana pode-se, portanto, inferir que, malgrado algumas concessões feitas à supremacia do interesse público, a oposição do proprietário podia sempre impedir a execução de uma obra de utilidade pública. Daí também se pode extrair que o princípio da desapropriação, tal como foi conhecido pelos romanos, especialmente sob o Império, não era exercido arbitrariamente. Aliás, degenerando o arbítrio na desapropriação em usurpação, passam a ser ambos, arbítrio e desapropriação, conceitos entre si inconciliáveis. Concluindo, se pode afirmar que a desapropriação por utilidade pública não existiu no direito romano como um instituto jurídico baseado numa norma genérica de caráter especial. As desapropriações se operavam para cada caso determinado, para execução de uma obra considerada grandiosa. Daí, porém, não se conclua que o conceito de desapropriação por utilidade pública fosse ignorado do direito romano. O que havia é que, diante do princípio da irrevogabilidade do direito de propriedade, este constituía uma constante limitação ao interesse público. Decadente o Império do Ocidente, com as sucessivas invasões dos bárbaros, estancou a evolução do conceito da desapropriação por utilidade pública, principalmente ao atingir-se o regime feudal, quando a propriedade predial na sua maior parte ficou concentrada nas mãos de poucos senhores, do clero ou das corporações religiosas<sup>567</sup>.

---

<sup>566</sup> Op. cit., p. 18-19.

<sup>567</sup> No mesmo sentido, preleciona J. Oliveira Cruz que o direito de propriedade, entre os romanos, nunca foi um direito absoluto e sagrado, quando se tratava de cultuar os mortos, construir aquedutos e estabelecer limites em benefícios dos vizinhos, medidas que eram consideradas como de interesse público. Afirma, quanto à desapropriação que, embora sem apresentar todos os caracteres que lhe são próprios hoje em dia, era o meio empregado para exigir dos proprietários as áreas de terrenos necessárias aos reclamos do interesse geral. *In Da*

Na Idade Média, ante o poder dos senhores feudais, por certo não houve preocupação com qualquer garantia do direito de propriedade, prevalecendo o direito do mais forte. Todavia crescia na consciência jurídica o sentimento da injustiça de tirar de alguém, sem indenização, alguma propriedade, mesmo quando destinada a um fim de utilidade pública.

Como registrado por Moraes Salles<sup>568</sup>, durante a Idade Média, a prepotência dos senhores feudais (que chegava às raias da truculência) e o absolutismo real transmitiam enorme insegurança à propriedade. Os bens dos vassallos se submetiam à livre disposição dos senhores feudais, sendo comum o apossamento de terras dos súditos, sem qualquer indenização, fato que, com o decorrer do tempo, foi gerando, no seio do povo, um sentimento de injustiça. Tal estado de coisas encontrou a reação necessária na Revolução Francesa.

É de se mencionar que, na Inglaterra, em 15 de junho de 1215, surgiu a *Magna Charta Libertatum*, em cujo capítulo 39 se dispunha que: "Nenhum homem será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra"<sup>569</sup>.

Citando Nicolini, informa Odete Medauar<sup>570</sup> que a propriedade, nesse período, apresenta-se destituída de caráter absoluto, pois sobre ela recaíam numerosas limitações, inclusive a desapropriação. Acrescenta que:

---

desapropriação, p. 27. Apud José Carlos de Moraes Salles, *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67.

<sup>568</sup> Op. cit., p. 68-69.

<sup>569</sup> Cf. Danielle Anne Pamplona, in *Devido processo legal: aspecto material*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 38.

<sup>570</sup> In *Destinação dos bens expropriados*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 34.



[...] no período comunal os mesmos homens que reagiram a requisições e apropriações realizadas ao arbítrio do senhor feudal, votaram deliberações de desapropriação, cômicos de impor à propriedade privada sacrifícios juridicamente delimitados e dos quais resultassem benefícios a toda coletividade; garantias que cercaram a desapropriação nesse período constituem a ossatura do instituto que se vai delinear no Estado moderno. Das enunciações teóricas de freios impostos aos soberanos e de garantias da propriedade em relação ao príncipe advém o preceito de preeminência do útil coletivo sobre o individual e, em decorrência, o princípio da necessidade, para editar desapropriação, de uma causa de utilidade pública; outro elemento fundamental da desapropriação, o pagamento da indenização, também se encontra nos estatutos comunais e na doutrina na época. No período intermediário (da Escola de Bolonha, Escola dos Glosadores - Século XII - ao Jusnaturalismo) o instituto expropriatório ainda não se apresenta delineado e preciso; inexistente a preocupação de estabelecer previamente, em norma geral sobre a matéria, casos e modos de desapropriação. Bartolo, na doutrina, esboça a construção do instituto expropriatório.

Na época moderna, juristas e teólogos dedicaram-se ao estudo da desapropriação, ressaltando a necessidade de indenização justa, como compensação pela perda do bem<sup>571</sup>. O evoluir das idéias sobre a desapropriação, do final da Idade Média para o início da Idade Moderna, conduziu a um texto de fundamental importância na sua história, qual seja, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte da França em 26-8-1789, aceita pelo Rei e promulgada em 3-11-1789, consagrou a propriedade como inviolável e sagrada, só permitindo que alguém dela fosse privado apenas nos casos de manifesta necessidade pública e mediante justa e prévia indenização.

---

<sup>571</sup> Para Odete Medauar a disciplina jurídica da subtração do bem do patrimônio privado teve em Motesquieu um dos primeiros propugnadores. Cita que, no livro XXVI, capítulo XV, do "Espírito das Leis", obra escrita entre 1734 e 1748, encontram-se os seguintes pensamentos: "Tratando-se do bem público, este jamais é a privação do bem de um particular, mesmo que se lhe retire a menor parte, por uma lei ou regulamento político; nesse caso é preciso seguir estritamente a lei civil, que é a salvaguarda da propriedade. Assim, quando o público necessita de bens de um particular, não se deve jamais agir com base na lei política; aí deve triunfar a lei civil, a qual, com olhos de mãe, vê cada particular como a própria cidade. Se o magistrado político quer construir algum edifício público, algum novo caminho, é preciso que ele indenize; o público é, nesse aspecto, como um particular que trata com outro particular. Já é o bastante que ele possa obrigar um particular a lhe vender sua herança e que lhe seja retirado esse grande privilégio advindo da lei civil, de não poder ser forçado a alienar seu bem. Op. cit., p. 34-35.

Tal preceito foi acolhido pela Constituição francesa de 1791, ficando, a partir daí, elevado a princípio constitucional o dever de o Estado respeitar a propriedade privada, somente a retirando da esfera jurídica do seu titular, nos casos de necessidade pública, mediante o pagamento de prévia e justa indenização<sup>572</sup>.

Posteriormente, surgiu na França a idéia de se reunirem em uma lei especial as normas reguladoras da desapropriação por utilidade pública. O primeiro diploma com esse caráter foi o de 16 de setembro de 1807, que dava à autoridade administrativa a faculdade de declarar a utilidade pública de um imóvel, de proceder à sua desapropriação e fixar a respectiva indenização<sup>573</sup>.

Contudo coube a Napoleão I dar à propriedade a garantia necessária e reprimir os abusos que poderiam advir do sistema no qual o Estado era juiz e parte ao mesmo tempo. Com a nota de 29 de setembro de 1809, o Imperador estabeleceu as bases da nova lei de desapropriações, que foi promulgada em 8 de março de 1810. Ela apresentava, como princípio informativo, a declaração que sujeitava o ato expropriatório à autoridade judicial, que constatava se a declaração se achava conforme o processo prescrito e se a indenização arbitrada era justa<sup>574</sup>.

Todavia, antes mesmo da incorporação promovida pelos franceses, os americanos, em sua Constituição de 14-9-1791, incorporaram à sua Constituição de 1787 o denominado *Bill of Rights*, mais precisamente, as Emendas n. 1 a 10, visando a coarctar a intromissão centralizadora, em prejuízo do Federalismo americano. A Emenda n. 5 demonstra o respeito do Poder

---

<sup>572</sup> Nesse sentido Moraes Salles, op. cit., p. 69.

<sup>573</sup> Cf. Barcellos de Magalhães, op. cit., p. 19.

<sup>574</sup> Idem, ibidem.

Público ao direito de propriedade entre os povos civilizados, admitindo-se a via excepcional da perda do *jus in re*, só que mediante justa compensação<sup>575</sup>.

A 5ª Emenda, desse modo, estabeleceu a necessidade de procedimento legal para a subtração de bem privado, instituiu o requisito de justa indenização e condicionou a retirada do bem ao uso público, empregando, assim, a expressão diversa daquela constante na Declaração de 1789 e na Constituição francesa de 1791<sup>576</sup>.

O direito de desapropriação por utilidade pública foi sancionado na Prússia pelo art. 9º da Constituição de 31 de janeiro de 1850, que preceituava ser a propriedade inviolável, mas que, por motivo de utilidade pública, e após pagamento prévio, ou, em caso de urgência, mediante depósito prévio de uma certa soma, o proprietário poderia nos casos determinados em lei ser privado de todo ou de parte do seu direito<sup>577</sup>.

Na Espanha, a primeira lei sobre desapropriação por utilidade pública foi promulgada em 17 de julho de 1836, inspirada, em grande parte, pela lei francesa de 1810. Já na Itália, antes da unificação, as disposições concernentes à desapropriação por utilidade pública variavam, naturalmente, segundo os diversos Estados em que estava dividida a península. Com a

---

<sup>575</sup> A Emenda n. 5 estabelece que nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, ou milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita à mesma ofensa, colocando duplamente em risco sua vida ou parte do corpo; nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesma, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo; nem a propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação, cf. Weliton Militão dos Santos, *in Desapropriação, reforma agrária e meio ambiente: aspectos substanciais e procedimentos, reflexos no direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 40-41.

<sup>576</sup> Cf. Odete Medauar, op. cit., p. 36.

<sup>577</sup> Cf. Barcellos de Magalhães, op. cit., p. 20.

unificação do reino da Itália, fez-se sentir a necessidade de uma lei única sobre desapropriação por utilidade pública, o que se deu em 25 de junho de 1865<sup>578</sup>.

No direito português, registra Henrique da Gama Barros<sup>579</sup> que poucos são os antecedentes históricos conhecidos relativamente à expropriação forçada. Menciona, todavia, três casos ordenados pelos Reis: D. Diniz, 28 de dezembro de 1302; D. Pedro I, 23 de maio de 1361; D. Afonso V, 8 de junho de 1473.

No direito brasileiro, o primeiro diploma a regular a desapropriação foi o Decreto de 21 de maio de 1821, que sofreu forte influência dos princípios consagrados pela Revolução Francesa<sup>580</sup>.

No âmbito constitucional, a primeira referência à desapropriação se deu na Constituição de 1824, cujo art. 179, inc. 22, apesar de garantir o direito de propriedade em toda a sua plenitude, estabelecia que: "Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização".

A Lei de 9 de setembro de 1826 determinou os casos em que teria lugar a desapropriação da propriedade particular por necessidade e utilidade pública e as formalidades que deveriam a ela preceder. Arrolava como casos de necessidade pública a defesa do Estado, a segurança pública, o socorro

---

<sup>578</sup> Idem, p. 20-21.

<sup>579</sup> *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*. Lisboa, 1950, v. 8, p. 311-313. *Apud* Barcellos de Magalhães, op. cit., p. 21.

<sup>580</sup> Moraes Salles, pela sua importância e por entender ser o Dec. de 21-5-1821 pitoresco, transcreve o texto do referido Decreto na íntegra, *in op. cit.*, p. 70.

público em tempo de fome ou outra extraordinária calamidade e a salubridade pública. E, como hipóteses de utilidade pública, os interesses de instituições de caridade, os de fundação de casas de instrução da mocidade, os relativos à comodidade geral e à decoração pública. A fixação do preço era confiada a árbitros nomeados pelo procurador da Fazenda Pública e pelo proprietário, que deveriam levar em consideração o valor intrínseco do bem, sua localização e o interesse dele auferido pelo proprietário<sup>581</sup>.

A Lei de 12-8-1834 (Ato Adicional) introduziu modificações na Constituição do Império, passando a ter as províncias competência para, por suas assembleias, legislar sobre desapropriação por utilidade municipal ou provincial (art. 10 § 3º).

Complementando essa norma do Ato Adicional, editou-se a Lei 57, de 18-3-1836, que também estabeleceu um processo administrativo para as desapropriações, determinando, no art. 5º, que ele se faria "sem as formalidades judiciárias". Dispôs, ainda, que nos casos de desapropriação para construção de estradas o proprietário não teria direito à indenização do terreno por elas ocupado, fazendo jus, apenas, à indenização das benfeitorias que se destruíssem, acrescentando serem "tais perdas suficientemente compensadas pelas vantagens que resultarem da estrada"<sup>582</sup>.

O Decreto n. 353, de 12-7-1845, ampliou os casos de utilidade pública e introduziu inovações no processo expropriatório. A indenização era fixada por um júri, em maioria absoluta de votos, sendo a decisão julgada por sentença pelo juiz de direito. Mandava-se considerar, para o arbitramento da indenização, a localidade do bem, o tempo, o valor em que

---

<sup>581</sup> Cf. Seabra Fagundes, *in Na desapropriação no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949, p. 19.

<sup>582</sup> Cf. Moraes Salles, *op. cit.*, p. 72.

ficasse o resto da propriedade por causa da nova obra, o dano proveniente da desapropriação e quaisquer outras circunstâncias que pudessem influir no preço. Fixado e depositado o valor da indenização, expedia-se mandado de imissão de pose. Permitia-se que os empresários de obras promovessem a desapropriação<sup>583</sup>.

Em 1855, foi expedido o Decreto n. 816, que autorizava o Governo a estabelecer, em novas bases, o processo de desapropriação dos imóveis necessários à construção de estrada de ferro, cuja regulamentação foi aprovada pelo Decreto n. 1.664.

O Decreto 602, de 24-7-1890, estabeleceu o processo para as desapropriações por utilidade municipal na Capital Federal.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, no parágrafo 17 do artigo 72, dispôs que o "direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem ao proprietário do solo, salvo as limitações que fôrem estabelecidas por lei a bem da exploração dêste ramo de indústria".

O Decreto 1.021, de 26 de agosto de 1903, mandou aplicar, com algumas alterações, o Decreto 816, de 10-7-1855, a todas as obras de competência da União e do Distrito Federal. Autorizou, ainda, o Poder Executivo a consolidar a legislação afeta à desapropriação, o que se deu por meio do Decreto 4.956, de setembro do mesmo ano, que dispunha sobre o direito federal das desapropriações, inspirando as leis locais sobre a matéria.

---

<sup>583</sup> Idem, p. 20.

Esse diploma e toda legislação relativa às desapropriações de interesse da União e do Distrito Federal estenderam-se, no que fossem aplicáveis, às desapropriações para obras dos Estados e dos Municípios, ante o disposto no Decreto 496, de 14-6-1938<sup>584</sup>.

O Código Civil Brasileiro de 1916 versou sobre a desapropriação em vários artigos, e, ao tratar dos modos de perda da propriedade, em seu art. 590, estabeleceu os casos de necessidade pública, que concerniam à atividade jurídica (§ 1º) e os de utilidade pública, que se referiam ao desenvolvimento da atividade social do Estado (§ 2º).

A Carta Constitucional de 16 de julho de 1934, no item 17 de seu artigo 113, ao fixar os direitos e as garantias individuais, assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito de propriedade, desde que não exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma determinada pela lei. E que a desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-ia nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização.

Observa Yara Müller Leite<sup>585</sup> que a Constituição de 1934 aproximou-se da Carta imperial, quanto ao tratamento do instituto da desapropriação, inspirando-se na Constituição alemã de 1919 e, cotejando os textos constitucionais, ressalta a grande diversidade entre a antiga e a nova ordem social.

A Carta de 10 de novembro de 1937 assegurou, em seu art. 122, item 14, "o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade

---

<sup>584</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 73.

<sup>585</sup> *In Da desapropriação por necessidade pública, por utilidade pública e por interesse social*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1963, p. 10.

ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício".

O Dec.-lei 1.283, de 18-5-1939, introduziu algumas modificações no processo das desapropriações, entre elas a possibilidade de indicação, em decreto dos Poderes Executivos Federal, Estadual ou Municipal, da causa determinante da desapropriação; a vedação ao Poder Judiciário de averiguar e decidir se se verificavam ou não os casos de necessidade ou utilidade pública, cuja enumeração legal seria apenas exemplificativa; o depósito do preço, havendo dúvida fundada sobre o domínio, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo<sup>586</sup>.

Em 21 de junho de 1941, por iniciativa do Ministro da Justiça, Dr. Francisco Campos, foi promulgado o Decreto-lei n. 3.365, que dispôs sobre desapropriações por utilidade pública, introduzindo profundas alterações nas normas do direito expropriatório, entre elas, aboliu a distinção entre necessidade e utilidade pública, reduzindo a esta última circunstância o fundamento da desapropriação; suprimiu o juízo arbitral coato, dando ao juiz a incumbência de fixar o preço da indenização, devendo expor os motivos do seu convencimento e atender a determinados elementos de estimação; proibiu, na ação judicial da desapropriação, que se discutisse acerca da utilidade pública legalmente declarada, relegando-a para os meios ordinários. O referido diploma legal, mesmo tendo sofrido inúmeras alterações em seu texto, vem disciplinando a ação de desapropriação por utilidade pública no nosso País, até os nossos dias. É conhecido como a Lei de Desapropriações.

---

<sup>586</sup> Cf. José Carlos de Moraes Salles, op. cit., p. 75.



A Lei Constitucional nº 5, de 10-3-1942, alterou a redação do dispositivo referido da Constituição de 1937, passando a estabelecer que: "XIV. O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhes regularem o exercício."

A Carta de 18 de setembro de 1946 inovou ao incluir o motivo de interesse social entre as hipóteses ensejadoras da desapropriação, bem como ao determinar que a indenização fosse em dinheiro e justa. O parágrafo 16 do art. 141 garantia "o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro[...]" Em seu art. 147 previu que "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos."

Sob sua égide, foram editadas, entre outros diplomas legais, a Lei 3.833, de 8-12-1960, que criou regime especial de desapropriação por utilidade pública para execução de obras no polígono das secas; a Lei 4.132, de 10-9-1962, que definiu os casos de desapropriação por interesse social e dispôs sobre sua aplicação<sup>587</sup>; a Lei 4.504, de 30-11-1964, Estatuto da Terra.

A partir de 1964, com a Emenda Constitucional n. 10, de 9 de novembro, passou-se a admitir o pagamento das indenizações em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária.

---

<sup>587</sup> Lei essa que foi posteriormente alterada pela Lei n. 6.513, de 20-12-1977, art. 31.

A Constituição da República de 1967, em seu art. 150, § 22, garantiu "o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, VI, § 1º[...]", mantendo texto bem parecido com o apresentado pela Constituição de 1946.

O Ato Institucional nº 9, de 25-4-1969, alterou a redação da Carta de 1967, suprimindo a indenização prévia nos casos de desapropriação da propriedade rural (§ 1º) e permitindo ao Presidente da República delegar atribuições para a desapropriação de imóveis rurais, por interesse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias (§ 5º).

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, tratou da desapropriação no § 22 de seu art. 153, assegurando "o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária[...]".

Observa Caio Tácito<sup>588</sup> que a

desapropriação era a arma de que se valiam as administrações na execução de obras públicas, tanto ligadas a serviços urbanos como para implantação dos sistemas de viação, de portos ou outros serviços públicos essenciais.[...]É curioso observar como os marcos da legislação brasileira sobre desapropriação coincidem com a intensificação de planos de obras públicas. A primeira reforma legislativa - a de 1855 - foi feita para permitir a construção de estradas de ferro autorizadas pelo Governo Imperial. A Consolidação de 1903 corresponde à fase das primeiras reformas urbanas que, sob a inspiração de PEREIRA PASSOS, viriam a criar a nova fisionomia da Capital da República, cuja modernização contribuiria, em 1941, para colocar em pauta a necessidade de lei mais flexível e atualizada. As perspectivas da reforma agrária dariam

---

<sup>588</sup> *In Problemas atuais da desapropriação, Revista Forense*, v. 256, p. 11-12.

impulso às desapropriações por interesse social, reguladas a partir de 1962 em sucessivas leis, de forma a fortalecer a competência da União na política distributiva de terras em áreas prioritárias.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, no inc. XXIV do art. 5º, previu que "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro", ressalvadas as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (art. 182, § 4º, inc. III), e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de reforma agrária por interesse social (art. 184). O § 3º do art. 182 estabeleceu que "as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro".

Após a Constituição Federal de 1988, foram expedidos vários atos normativos afetos à desapropriação, entre eles destacam-se: Lei n. 8.629, de 25-2-1993, que dispôs sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Cap. III, Tít. VII, da Constituição Federal; Lei Complementar 76, de 6-7-1993, que dispôs sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária; Lei Complementar 88, de 23-12-1996, que alterou a redação dos arts. 5º, 6º, 10 e 17 da Lei Complementar 76, de 6-7-1993; Lei Complementar 93, de 4-2-1998, que instituiu o Fundo de Terras e da Reforma Agrária - Banco da Terra, regulamentada pelo Decreto 4.892, de 25-11-2003; Lei n. 9.785, de 29-1-1999, que, entre outros diplomas, alterou o Decreto-lei 3.365/1941; Lei n. 9.871/1999, que dispôs, entre outros assuntos, sobre a desapropriação de imóveis situados na faixa da fronteira; Lei n. 10.257, de 10-7-2001 - Estatuto da Cidade, que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal; Medida Provisória

2.183-56, de 24-8-2001, que introduziu várias modificações no Decreto-lei 3.365/1941 e na Lei n. 8.629/1993.

O Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 10-1-2002), ao tratar da desapropriação, incluiu-a entre as causas de perda da propriedade (art. 1.275, inc. V), sem nada dispor. Versou sobre assuntos afetos à desapropriação, todavia, de forma esparsa em outros dispositivos, tais como nos arts. 959; 1.387; 1.409; 1.425, V e § 2º; 1.509, § 2º.

### **2.3 - Natureza Jurídica**

Para Cretella Júnior<sup>589</sup>, fixar a natureza jurídica do instituto expropriatório é determinar o lugar preciso que ocupa no sistema do direito, enquadrando-o, primeiro, em sua respectiva área (privatística ou publicística), depois, procurando especificar-lhe as notas peculiares, aproximando-o das figuras semelhantes e opondo-o às delineações antagônicas.

Desde a época em que a desapropriação se propagou, passando a figurar como instituto jurídico normal, inclusive por meio de preceitos constitucionais, surgiram divergências doutrinárias quanto à sua natureza.

Durante muito tempo, sob o influxo do pensamento jurídico individualista, a corrente doutrinária majoritária situava a desapropriação no campo do direito privado, dando-lhe um caráter contratual ou de bilateralidade. As divergências surgiam apenas quanto à natureza desse vínculo ou contrato.

---

<sup>589</sup> *Tratado geral da desapropriação*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1, p. 17.

Para alguns, seria a desapropriação uma venda forçada, que se diferenciava da compra e venda normal, unicamente por ser o consentimento suprido pela lei. Para outros, não se tratava de compra e venda, mas de uma cessão compulsória, em que o expropriado, por imposição legal, cederia à Administração os seus direitos sobre o bem, objeto da desapropriação. Havia quem sustentava a existência de um vínculo bilateral *sui generis*, diferindo da compra e venda por faltar-lhe o mútuo consenso que a esta caracteriza. E existiam ainda os que afirmavam nada mais ser a desapropriação do que um dano causado independentemente da relação com a pessoa prejudicada, criando a responsabilidade do Poder Público pela prática do ato expropriatório<sup>590</sup>.

Porém, à medida que a desapropriação, por efeito das transformações ocorridas no conceito da propriedade, se libertava dos prejuízos decorrentes do individualismo jurídico e surgia, por meio da intervenção sempre crescente do Estado no campo social e econômico, com seus contornos de ato unilateral dele emanado, inseparável da sua soberania, passou a prevalecer o entendimento de que a desapropriação estaria situada no âmbito do Direito Público<sup>591</sup>.

O jurista argentino Marienhoff<sup>592</sup>, ao relacionar os argumentos que demonstram o caráter público da expropriação, afirma que ela deriva imediatamente de um ato de poder, que, por sua própria natureza, pertence essencialmente ao direito público; que o Estado expropriante não contrata com o expropriado, submete-o a seu império; que o direito do expropriado a receber indenização é um direito público subjetivo e decorre da norma constitucional. Registra que as decisões da Corte Suprema de Justicia de

---

<sup>590</sup> Cf. Paulo Jorge de Lima, op. cit., p. 37-38.

<sup>591</sup> Idem, p. 38.

<sup>592</sup> Op. cit., p. 164-166..

la Nación considera que a natureza jurídica da expropriação é pública em todas as suas etapas, ou seja, a considera como um instituto "homogêneo" de direito público.

Mesmo assim permanecia uma discussão, quanto a ser a desapropriação regida pelo Direito Administrativo ou a fazer parte do Direito Constitucional. Surgiu, ainda, uma terceira orientação, de caráter eclético, a qual passou a predominar entre os partidários do Direito Público, no sentido de que a desapropriação seria de Direito Constitucional por seus fundamentos e de Direito Administrativo no tocante aos atos praticados para a sua efetivação.

Para Clóvis Bevilacqua<sup>593</sup>, a matéria da desapropriação por necessidade ou utilidade pública é da esfera do direito público, porque é o constitucional que a fundamenta, e o administrativo que a desenvolve e adapta às condições da vida coletiva. Explica que a matéria aparece no direito civil, simplesmente, como um dos modos pelos quais se extingue a propriedade, e que a teoria da propriedade, no direito civil, ficaria incompleta se não mencionasse a desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

Para Washington de Barros Monteiro<sup>594</sup>, a desapropriação tem natureza especialíssima, não representando confisco, que independe do pagamento de qualquer indenização; não constitui compra e venda, porquanto esta é voluntária, enquanto a desapropriação implica alienação compulsória; não é encampação, porque só se efetua de acordo com a lei, nos casos expressamente previstos.

---

<sup>593</sup> *Código Civil comentado*, v. 3, op. cit., p. 135.

<sup>594</sup> Op. cit., p. 161-162.

Eurico Sodré<sup>595</sup> afirma que a desapropriação é instituto de direito público, consistindo uma das garantias constitucionais da propriedade. Para Miguel Marienhoff<sup>596</sup> é uma instituição jurídica de base constitucional. Já para José dos Santos Carvalho Filho<sup>597</sup>, a natureza da desapropriação é a de procedimento administrativo e, quase sempre, também judicial.

Odete Medauar<sup>598</sup> entende que a desapropriação é instituto de direito público, já que visa atender a um interesse geral. A relação jurídica principal é de subordinação do particular, visto que a vontade do Estado prevalece de modo imperativo. Ressalta que o instituto expropriatório apresenta complexo conjunto de atos e fatos e pode ser considerado sob diversos aspectos, por exemplo, do ângulo processual, como ação, ou sob o prisma de direitos de inquilinos de imóvel expropriado, ou sob ângulo dos requisitos e elementos da indenização, todavia seu ponto nuclear é a subtração do bem.

Para Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>599</sup>, a desapropriação se apresenta como ato administrativo unilateral declaratório, cuja característica está na transferência da propriedade particular para quem vai fazer o bem geral, entretanto a natureza jurídica não vem apenas do interesse, mas da relação jurídica estabelecida após o ato, de acordo com a lei, conforme a norma que na base do fato traduza, no momento da manifestação expropriatória, motivação legitimada. O ato, vinculado ao fato, dá-lhe a tônica de figura jurídica.

---

<sup>595</sup> *A desapropriação*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1955, p. 9.

<sup>596</sup> *Op. cit.*, p. 160.

<sup>597</sup> *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 668.

<sup>598</sup> *op. cit.*, p. 19-20 e 22-23.

<sup>599</sup> *In Desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 18.

Acrescenta que:

O que se quer, diante da relação jurídica expropriatória, é verificar em face de uma finalidade cogente, da possibilidade, da exequibilidade e da legitimidade da vontade expropriante, desde aquele momento em que o ato adquire vigência. Depende a vigência, a partir da ação, do que seja legal, lícito e possível. A declaração, ato administrativo, não constitui mero expediente de rotina administrativa, porém decisão normada que, publicada, dá início à relação jurídica, integrando interesses, vinculando partes, conexando direitos, buscando efeitos jurídicos com a afetação permitida de bens particulares<sup>600</sup>.

Jorge de Lima<sup>601</sup>, apoiado em Dourado de Gusmão, que considera o direito público como um direito de subordinação, em que as partes não estão em situação de igualdade, exigindo, assim, hierarquia; em que o Estado e os demais entes públicos são os centros de relações jurídicas, apresentando-se investidos de *imperium*, em posição de supremacia, portadores de potestade suprema, tendo sempre por objetivo o interesse público e do Estado, entende que a desapropriação é, evidentemente, instituição de direito público.

Hely Lopes Meirelles<sup>602</sup> entende consistir em um procedimento administrativo que se realiza em duas fases: a primeira, de natureza declaratória, consubstanciada na indicação da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social; a segunda, de caráter executório, compreendendo a estimativa da justa indenização e a transferência do bem expropriado para o domínio do expropriante.

---

<sup>600</sup> Op. cit., p. 18-19.

<sup>601</sup> Op. cit., p. 46.

<sup>602</sup> *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 507.



Para José Osvaldo Gomes<sup>603</sup>, em primeira linha, a expropriação é um instituto jurídico, entendido como um conjunto concatenado de normas e de princípios que permite a formação típica de modelos de decisão<sup>604</sup>. Em segunda linha, trata-se de um instituto regulado predominantemente por normas de direito público. Complementa, ainda, afirmando que:

Na verdade, a expropriação constitui uma manifestação paradigmática de um poder de autoridade (*compulsory power*, em inglês, *Enteignungsgewalt*, em alemão) exercido por autoridade pública, para a prossecução de um interesse público. Dado que a expropriação atém uma dimensão cultural significativa, resultando a sua evolução de importantes razões histórico-políticas, cremos que só através da idéia de instituto jurídico podemos apreender toda a sua realidade e recolher dados suficientes que nos permitam compor modelos de decisão de inúmeros problemas concretos que ela suscita. Nesta linha, resulta demasiadamente empobrecedora e limitante a visão da expropriação pela perspectiva da extinção do direito ou direitos que recaiam sobre a coisa e a constituição de um direito a favor do seu beneficiário. Afirmar e demonstrar que a aquisição por expropriação é originária e não derivada é relevante, mas não permite compreender toda a realidade envolvida, nem recolher dados que permitam compor modelos de decisão de todos os problemas concretos, nem dirimir a totalidade dos conflitos de interesses suscitados no processo expropriatório<sup>605</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que a desapropriação é um instituto misto: tem uma parte sujeita ao direito administrativo, e uma parte subordinada a certas normas do processo civil, bem como a alguns preceitos do direito civil<sup>606</sup>.

---

<sup>603</sup> Op. cit., p. 38.

<sup>604</sup> Esclarece que as normas e princípios que disciplinam a expropriação apresentam qualidades sistemáticas internas que permitem a composição de um número indeterminado de modelos de decisão, não só quanto à preparação e prolação do ato declarativo, mas relativamente aos atos e formalidades que lhe sucedem, incluindo a concretização da justa indenização. Idem, ibidem.

<sup>605</sup> Op. cit., p. 38.

<sup>606</sup> Revista de Direito v. 33, p. 472. No mesmo sentido, também aceitando a desapropriação como instituto misto, José Gascón y Marin. *Apud* Massami Uyeda, *Da desistência da desapropriação*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 20.

Massami Uyeda<sup>607</sup> entende ser tal posicionamento inadmissível, pois representa hibridismo que a ciência do direito moderno repele como contrária à natureza das coisas. E que a desapropriação não se circunscreve à edição apenas de um ato, o decreto expropriatório. Trata-se de procedimento complexo, constituído de uma série de atos que convergem para um fim, fundamentado no interesse público. Compõe-se de duas fases distintas: a administrativa e a judicial, cada uma com uma natureza jurídica distinta: a primeira fase toma a forma de um instituto de direito administrativo; a segunda, a de direito processual, ambas pertencentes ao campo do direito público.

Assevera Caio Mário<sup>608</sup> que, no plano filosófico, constitui o direito uma unidade conceitual; no plano científico, uma unidade orgânica; no plano social, uma unidade teleológica. Não obstante a unidade fundamental, os princípios jurídicos se agrupam em duas categorias, constituindo a primeira o direito público e a segunda o direito privado. Mesmo assim, não existe uma separação total e absoluta das normas públicas e privadas, que se intercomunicam com freqüência, sendo comum se encontrarem regras atinentes ao direito público nos complexos legais de direito privado, e vice-versa.

A clássica divisão do direito em público e privado é oriunda do direito romano. O direito público era aquele concernente ao estado dos negócios romanos; o direito privado era o que disciplinava os interesses particulares. Por ser falho esse critério da utilidade ou interesse a que a norma visava, houve autores que concluíram que o fundamento dessa divisão se

---

<sup>607</sup> Pondera que os princípios que informam cada uma das divisões são distintos e não se confundem, muito embora, na faixa cinzenta ou fronteira comum, se situem institutos de difícil caracterização, de contornos não muito nítidos. Diz ser inegável que as situações que se apresentam no campo jurídico não são mistas. Ou pertencem ao campo do direito público ou ao campo do direito privado. Informa que a teoria dos institutos de direito misto foi criada e estruturada pela antiga doutrina alemã e italiana, tendo prevalecido por muito tempo entre os autores, mas, presentemente, acha-se superada, por ser inadmissível conceber seja um instituto simultaneamente de direito público e de direito privado. Op. cit., p. 20-21.

<sup>608</sup> *Instituições de Direito Civil*, op. cit., v. 1, p. 14-15.

encontrava no interesse preponderante ou dominante. Assim, as normas de direito público seriam aquelas que asseguravam diretamente o interesse da sociedade e indiretamente o do particular; e as de direito privado visariam atender imediatamente ao interesse dos indivíduos e mediadamente ao do poder público. Esse critério é insatisfatório, uma vez que é impossível verificar, com exatidão, qual o interesse que prepondera<sup>609</sup>.

Kahn<sup>610</sup> apresentou como critério para efetivar tal distinção o da patrimonialidade, segundo o qual o direito privado teria conteúdo patrimonial, ao passo que o direito público não conteria questões dessa ordem. Ocorre, entretanto, que há normas do direito privado sem conteúdo patrimonial, como as afetas ao direito de família, e normas de direito público com caráter patrimonial, como as concernentes à desapropriação.

Para Enneccerus<sup>611</sup>, o elemento diferenciador estaria no sujeito ou titular da relação jurídica. Daí ser o direito público o que rege as relações dos Estados ente si, ou do Estado como tal e os seus membros; enquanto o direito privado regula as relações entre os indivíduos como tais. Contudo, nem toda norma reguladora das relações entre entes públicos ou entre estes e os indivíduos é pública; da mesma forma, nem todo preceito disciplinador do comportamento dos indivíduos nas suas relações é de direito privado. Falta, pois, rigor de exatidão no fundamento diferenciador baseado na qualidade do titular da relação jurídica.

---

<sup>609</sup> Cf. Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n.º 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14-15.

<sup>610</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>611</sup> *Tratado*, I, § 31, p. 132. *Apud* Caio Mário, *op. cit.*, p. 16.

Goffredo Telles Júnior<sup>612</sup> distingue o direito público do direito privado com base em dois elementos: o interesse preponderante protegido pela norma e a forma da relação jurídica regulada por prescrição normativa. Se o direito é autorizante, é sempre um vínculo entre pessoas e este vínculo pode ser de coordenação ou de subordinação. A relação jurídica de coordenação é a que existe entre partes que se tratam de igual para igual. A relação jurídica de subordinação é aquela em que uma das partes é o governo da sociedade política, que exerce sua função de mando, de modo que se o indivíduo não atender aos reclamos estatais deverá ser punido, conforme a norma jurídica. O direito público seria o que protege interesses preponderantemente públicos, segundo relações jurídicas de subordinação; e o direito privado, o que concerne a interesses predominantemente particulares e que regula relações jurídicas de coordenação.

Ruggiero<sup>613</sup>, com a associação do fator objetivo ao elemento subjetivo, diz ser público o direito que tem por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado, ou as do Estado com seus súditos, quando procede em razão do poder soberano, e atua na tutela do bem coletivo; direito privado é o que disciplina as relações entre pessoas singulares, nas quais predomina imediatamente o interesse de ordem particular.

Assevera Clóvis Beviláqua<sup>614</sup> que a questão se aclara e resolve, desde que se atente ao campo em que opera o direito, pois logo se verificará que o direito público se refere ao Estado.

---

<sup>612</sup> *Introdução à ciência do direito* (apostila). 1972, fasc. 2. *Apud* Maria Helena Diniz, op. cit., p. 16.

<sup>613</sup> *Instituições*, I § 8º, p. 59. *Apud* Caio Mário, op. cit., p. 18.

<sup>614</sup> *Código Civil comentado*. 8. ed. atual. por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., 1949, v. 1, p. 67.

Para Maria Helena Diniz<sup>615</sup>, o direito público é aquele que regula as relações em que o Estado é parte, ou seja, rege a organização e a atividade do Estado considerado em si mesmo (direito constitucional), em relação com outro Estado (direito internacional), e em suas relações com os particulares, quando procede em razão de seu poder soberano e atua na tutela do bem coletivo (direitos administrativo e tributário). O direito privado é o que disciplina as relações entre particulares, nas quais prevalece, de modo imediato, o interesse privado (p. ex. casamento, testamento).

Se se aplicar qualquer dos critérios de classificação apresentados pela doutrina, verificar-se-á que a desapropriação é instituto regulado por normas de direito público. Sob um aspecto, consiste em ato de soberania do Estado. Ademais, foi prevista na Constituição Federal, no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXIV), em que se delinearão seus fundamentos básicos: obedecer ao procedimento previsto em lei; decorrer de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social; pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro, salvo os casos ali previstos. A desapropriação pertence, pois, ao direito constitucional, uma vez que foi por ele instituída, assegurada e limitada. Sob outro aspecto, integra também o direito administrativo e o direito processual civil, que regulam o procedimento<sup>616</sup> necessário à sua efetivação. Reflete-se no direito civil, na medida em que a desapropriação é um modo de extinção da propriedade.

---

<sup>615</sup> Op. cit., p. 17.

<sup>616</sup> A desapropriação não se resume na prática de um único ato pela administração, mas em uma sucessão de atos intermediários, visando atingir um ato final. Assim, além do ato expropriatório, mesmo havendo concordância do expropriado quanto ao preço oferecido, outros atos terão de ser praticados para que se obtenha a adjudicação do bem, tais como a avaliação, o pagamento da indenização, entre outros, que devem ser devidamente formalizados. Não havendo concordância quanto ao preço, utiliza-se o Poder Público da ação judicial própria.

É, pois, assunto que exige estudos em quatro disciplinas jurídicas: Direito Constitucional; Administrativo; Processual Civil e Civil<sup>617</sup>.

Por um outro ângulo, diz Maria Sylvia Di Prieto<sup>618</sup>, ao tratar da natureza jurídica da desapropriação, que ela é forma originária de aquisição<sup>619</sup>, já que, por si mesma, é suficiente para instaurar a propriedade em favor do Poder Público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário<sup>620</sup>.

Para José de Oliveira Ascensão<sup>621</sup>, a aquisição por expropriação é originária por duas razões principais: os direitos reais sobre imóveis não são adquiridos de anteriores proprietários, mas independentemente deles; a posição do expropriante é absolutamente independente da posição do anterior titular dos direitos reais sobre o imóvel expropriado.

---

<sup>617</sup> Já afirmava Eurico Sodré que o Direito Constitucional, declarando a extensão da liberdade individual, estabelece os fundamentos e condições pelos quais o Estado pode obrigar os proprietários a lhe transferir determinados bens; o Direito Administrativo desenvolve a aplicação desse instituto, marcando a competência hierárquica dos poderes expropriantes, o rito da declaração da utilidade ou necessidade em nome da qual se desapropria e a determinação dos bens desapropriáveis; o Direito Civil adota-a, ou melhor, reconhece-a como forma legal da extinção do domínio e da posse, bem como da resolução de direitos e obrigações; o Direito Processual Civil marca o processo a seguir na efetivação da desapropriação decretada.

<sup>618</sup> *Direito Administrativo*, 19. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 187.

<sup>619</sup> Nesse sentido, considerando a desapropriação como forma de aquisição originária da propriedade: Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed., rev. e atual. até a EC 47, de 5-7-2005. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 805; José dos Santos Carvalho Filho, in *Manual de Direito Administrativo*, 15. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 676; Ozires Eilel Assan, in *Desapropriação: doutrina, legislação e jurisprudência*. Campinas: Agá Juris, 1998, p. 13-14.

<sup>620</sup> Todavia, esse posicionamento não é pacífico. Alguns doutrinadores, entre eles Carugno (*L'espropriazione per pubblica utilità*, n. 8, p. 24-28), Alessi (*Diritto Amministrativo*, p. 481), Sandulli (*Manuale di diritto amministrativo*, p. 331), consideram que tal aquisição se dá a título derivado, ou seja, que o expropriante adquire do expropriado a titularidade do bem, cf. Marienhoff, que, também, defende que o expropriante adquire a título derivado a propriedade do objeto expropriado. Contudo, registra que a jurisprudência adotada pela Corte Suprema de Justiça da Nação, para fins de declarar improcedente imposto sobre o montante da indenização, é no sentido de que o expropriante adquire a propriedade expropriada a título originário, e não a título derivado, como na compra e venda. Op. cit., p. 153-157.

<sup>621</sup> *Estudos sobre expropriações e nacionalizações*, p. 49 e ss., e *Direito Civil - Reais*, 5. ed., p. 402-403. Apud Osvaldo Gomes, op. cit., p. 18.

Segundo Osvaldo Gomes<sup>622</sup>, os direitos reais sobre imóveis são adquiridos pelo expropriante independentemente dos anteriores proprietários, o que revela o caráter originário da aquisição. Decorre do princípio da legitimidade aparente, que vigora no processo expropriatório; a não participação dos verdadeiros titulares no processo expropriatório só em casos excepcionais acarreta sua invalidade. Além disso, a independência da posição do beneficiário da expropriação resulta da aquisição *ex novo* de direitos reais, já que os anteriores extingiram. Acarreta a extinção de todos os direitos, ônus, encargos e limitações dos bens imóveis expropriados. A extinção dos direitos reais sobre o bem implica a constituição simultânea ou concomitante de novos direitos na titularidade do expropriante. Conclui que a aquisição de direitos reais resultante da expropriação é originária, já que os objetivos da expropriação - o interesse público que visa promover - exigem que os bens sejam adquiridos sem os vícios de que padecia o anterior título. Reforça afirmando que os objetivos da expropriação não poderiam ser prosseguidos se ela envolvesse a transmissão ou aquisição derivada de direitos reais sobre imóveis, pois poderia ser posta em causa a prossecução do interesse público.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a expropriatória, mesmo a indireta, corre em benefício de ambas as partes, ou seja, do particular, que por esse meio busca a compensação econômica do esbulho sofrido, e da Administração que, embora já tenha a posse do bem ocupado, obterá o reconhecimento da efetiva aquisição originária da propriedade<sup>623</sup>.

---

<sup>622</sup> Op. cit., p. 18-21.

<sup>623</sup> STJ, 2. T., REsp. n. 427427/SC, rel. Min. Franciulli Netto, DJ 8-9-2003, p. 00282.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>624</sup> aponta importantes conseqüências que decorrem do caráter originário de aquisição da propriedade na desapropriação. Afirma que, por exemplo, se o Poder Público desapropriar um bem e indenizar, erroneamente, a quem não for seu legítimo proprietário, nem por isso se invalida a expropriação ou se obriga a realização de novo processo expropriatório. A propriedade terá sido adquirida pelo Poder Público. Outra conseqüência é a extinção dos ônus reais que incidam sobre o imóvel. O Poder Público adquire o bem limpo, livre de quaisquer gravames reais que sobre ele possam pesar. Por isso, os terceiros titulares de direitos reais de garantia sobre o bem desapropriado têm seus direitos sub-rogados no preço, ou seja, passam a ser garantidos pelo valor pago a título de indenização (art. 31 do Decreto nº 3.365/1941). Já os terceiros titulares de direitos pessoais ou obrigacionais só poderão discuti-los por meio de ação direta, e não na ação de desapropriação, *ex vi* do disposto no art. 26 do Decreto-lei n. 3.365/1941.

Também Di Pietro<sup>625</sup> entende que, se a indenização for paga a terceiro, que não o proprietário, não se invalidará a desapropriação, ante o disposto no art. 35 do Decreto-lei n. 3.365/1941, citando entendimento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal de que, se a desapropriação for proposta contra quem não era proprietário do imóvel, este não ficará vinculado à decisão, ainda que com trânsito em julgado, tendo ação de perdas e danos, por desapropriação indireta.

Aponta, ainda, como conseqüência da forma originária de aquisição da propriedade, que a transcrição da desapropriação no registro de imóveis independe da verificação da continuidade em relação às transcrições anteriores, descabendo qualquer impugnação por parte do Oficial de Registro de

---

<sup>624</sup> Op. cit., p. 805-806.

<sup>625</sup> Op. cit., p. 188.



Imóveis, já que não há possibilidade de reivindicação do imóvel, que não fica sujeito à evicção (RT 481/106), nem possibilidade de invalidar a desapropriação caso não seja o expropriado seu legítimo dono<sup>626</sup>.

## 2.4 - Fundamentos

Seabra Fagundes<sup>627</sup> assinala as diversas teorias que se propõem à explicitação político-jurídica do direito de expropriar: a coletivista, a do domínio eminente, a do pacto social, a da colisão de direitos ou da prevalência do interesse público sobre o privado, a da função social da propriedade, entre outras.

De acordo com a teoria coletivista, a propriedade primitiva era de todos, da coletividade, e, admitida a propriedade individual pelo Estado, reservou-se este o direito de novamente chamá-la para si, quando necessário.

Segundo a do domínio eminente, o Estado exerce sobre todo o seu território um super-domínio, como atributo da própria soberania, daí poder impor limitações e supressões da propriedade individual, quando entender conveniente.

A teoria do pacto social vincula-se às doutrinas contratualistas, segundo as quais, ao se considerar a vida social e política, deve-se remontar a um primeiro pacto entre os homens, cujas cláusulas se reduziriam

---

<sup>626</sup> Op. cit., p. 189.

<sup>627</sup> Op. cit., p. 14-16.

a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda comunidade<sup>628</sup>.

Para a teoria da solidariedade ou da cooperação, o homem é solidário com seu meio, consistindo a solidariedade e a cooperação os fundamentos da faculdade do Estado de expropriar.

Segundo a teoria da colisão de direitos ou da prevalência do direito público sobre o privado, a desapropriação se justifica pela subordinação do direito particular aos direitos do Estado<sup>629</sup>.

Conforme a teoria da função social da propriedade, a existência e sobrevivência da propriedade se vinculam à sua função em face da coletividade, de modo que o direito privado deve sofrer as restrições e ônus exigidos pelo bem-estar de todos.

Para a teoria dos fins do Estado, a desapropriação encontraria fundamento na necessidade de realização dos fins do Estado, o que exigiria, muitas vezes, a privação ou restrição do direito do particular.

Coloca José Canasi<sup>630</sup> que seu fundamento primário está no direito natural<sup>631</sup>, significando uma medida de proteção contra os abusos do rei,

---

<sup>628</sup> Cf. informa Odete Medauar, op. cit., p. 28.

<sup>629</sup> Nesse sentido, diz Miguel S. Marienhoff que a expropriação é um meio de solucionar e harmonizar a situação antagônica entre dois interesses: o público e o privado. O instituto expropriatório aflora no âmbito jurídico quando se produz uma incompatibilidade entre o interesse do particular ou administrado e o interesse do Estado representante da coletividade, comunidade ou sociedade: se o direito do administrado em administrar um determinado bem ou coisa se choca com o interesse do Estado de utilizar essa mesma coisa ou bem com vistas à utilidade pública, é óbvio que o mencionado interesse individual ou particular deve racionalmente ceder ante a necessidade pública. O direito dos mais se sobrepõe ao direito dos menos, *in Tratado de derecho administrativo*, 6. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, v. 4, p. 127.

<sup>630</sup> *El Justiprecio en la expriación pública*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1952, p. 19.

<sup>631</sup> Grocio, apontado como o fundador da escola do direito natural, definiu-o como a regra que nos é sugerida pela razão reta, segundo a qual julgamos necessariamente se uma ação é injusta ou moral, segundo sua

do príncipe, ou do Estado. É uma proteção primária do cidadão contra a apropriação de seus bens por parte do poder público. Defende que a expropriação forçada é o ponto de partida de toda teoria do fisco, porque se concilia com a demandabilidade do Estado ante a justiça de forma igual como qualquer pessoa particular.

Citando Fleiner, diz José Canasi<sup>632</sup> que a expropriação forçada se originou como uma consequência da apropriação pelo rei ou príncipe de bens dos súditos, dando com isto origem a toda a teoria do fisco<sup>633</sup>, consistindo em uma proteção em favor dos cidadãos contra os abusos do poder do príncipe, que, dessa forma, vê-se obrigado, segundo princípios do direito natural, a respeitar os direitos adquiridos dos particulares, indenizando todo prejuízo acarretado.

Afirma, ainda, ser a expropriação ato de soberania do Estado, resultante das exigências e necessidades de suas atividades administrativas e indispensável ao seu próprio funcionamento. Acrescenta que, sob pena de se violar o direito de propriedade e o da liberdade dos cidadãos, garantias essenciais e básicas da vida social, a expropriação deve basear-se na necessidade

---

conformidade com a natureza; que, assim, Deus, autor da natureza, proíbe uma e ordena a outra. Gény considera o direito natural um conjunto de regras da moral, de preceitos da religião cristã, regras superiores para inspirar as leis positivas, completá-las, interpretá-las, limitá-las. Para Pugliese, o direito natural é a própria moral, sendo o direito em que o lícito é sempre honesto; assim entendido, não tem ele necessidade de sanção positiva, existindo pela própria natureza do homem; é antecedente a toda aplicação, a toda relação social. Quando a realidade contrasta com algum de seus princípios, assim o fazendo, não o suprime, mas o reafirma, porque a injustiça só é reconhecível havendo um critério de justiça. Também é entendido como a exigência da consciência popular; é o elemento móvel diante do elemento imóvel, que é o direito positivo, cf. Espínola e Espínola Filho, op. cit., p. 54-56. Para Victor Cathrein, o direito natural, em sentido objetivo, significa uma soma de normas obrigatórias e semelhantes, que por sua própria natureza, e não em virtude de uma declaração positiva, valem para toda a humanidade, in *Filosofia del derecho*, p. 196. Apud Miguel Pró de Oliveira Furtado, Retrocessão e direito de propriedade, in *Revista de Direito Público* nº 95, ano 23, p. 116.

<sup>632</sup> Op. cit., p. 19-20.

<sup>633</sup> Segundo essa teoria, o patrimônio público não pertencia nem ao príncipe, nem ao Estado soberano, mas a um sujeito jurídico distinto de ambos, o fisco, ou seja uma pessoa submetida ao direito patrimonial. Considerou o direito patrimonial como uma parte do direito privado; portanto, não existiam dificuldades para submeter o fisco, como um outro particular qualquer, à justiça e às normas jurídicas afetas ao direito civil. Idem, ibidem.

e utilidade pública, determinadas pela lei, e proceder mediante o pagamento de uma indenização justa<sup>634</sup>.

Entende Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>635</sup> que o fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis; e que o fundamento jurídico-teórico consiste na tradução dentro do ordenamento normativo dos princípios políticos acolhidos no sistema, o que corresponde à idéia do domínio eminente de que dispõe o Estado sobre todos os bens existentes em seu território.

Roberto Barcellos de Magalhães<sup>636</sup> destaca que a desapropriação tem como elemento essencial a coação e, como consequência, a translação do domínio. Por isso não se confunde com a alienação ou a compra e venda, já que ausente aquele elemento volitivo, ocorre verdadeira venda forçada, uma vez que o Estado coage o particular a transferir-lhe a propriedade de um bem mediante certo preço. Para ele, a desapropriação legitima-se pelo poder de império que compõe o próprio poder estatal.

Sabino Alvarez-Gendín<sup>637</sup> aponta três causas ou razões que justificam a expropriação, com a prevalência do direito superior da Administração sobre o do particular. São elas: a utilidade pública, o interesse social e o interesse nacional.

Weliton Militão dos Santos<sup>638</sup> trata o tema sob dois aspectos: o político e o jurídico. O fundamento político da desapropriação redundaria na

---

<sup>634</sup> Op. cit., p. 21.

<sup>635</sup> Op. cit., ps. 804-805.

<sup>636</sup> *In Direito administrativo*, coleção provas e concursos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1992, v. 4, p.155.

<sup>637</sup> *In Tratado general de derecho administrativo*, tomo I, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1958, v. 1, p. 414.

<sup>638</sup> Op. cit., p. 51.

primazia do interesse coletivo que sobreleva o interesse individual; decorreria do solidarismo social que preponderou à fase individualista resultante do direito de propriedade em grau absoluto. E o fundamento jurídico-teórico-pragmático residiria na sistemática contextual e regrativa da qual emergem as normas vislumbradas sob o prisma do regime político trazidas para o mundo factual, ou fenomênico, e subsumível a um devido processo da lei que navegava no mar territorial do Estado de Direito, sem que, com isso, seja coarctado o *jus imperii* de que dispõe o Estado sobre os bens havidos em seu território.

Para Jorge de Lima<sup>639</sup>, a teoria dos fins do Estado aparece como o fundamento mais racional para o instituto, por ser suscetível de justificar todas as formas de desapropriação, tanto as ditadas pela utilidade e necessidade públicas como as exigidas pelo interesse social. Explica que o Estado moderno, superadas as concepções liberais, tem caminhado para um intervencionismo cada vez mais profundo em todos os setores sociais e econômicos, tornando-se-lhe indispensável, em casos sempre mais numerosos, interferir no domínio da propriedade privada, retirando-a dos particulares para atender às múltiplas necessidades públicas e ao interesse social.

Helita Barreira Custódio<sup>640</sup> entende que, pelas expressas disposições constitucionais, o fundamento da desapropriação, dependendo das circunstâncias do momento, só se justifica em razão de um plano, programa ou projeto, efetivamente aprovado, de obras, serviços ou atividades de interesse público geral ou especial, de natureza social, considerados, respectivamente, de utilidade pública ou de interesse social.

---

<sup>639</sup> Op. cit., p. 65-67.

<sup>640</sup> Op. cit., p. 145.

Letícia Queiroz de Andrade<sup>641</sup>, quanto ao fundamento jurídico do poder expropriatório, conclui que o pressuposto jurídico que justifica sua existência é o princípio da supremacia do interesse que proporcione maior benefício social; que ele em nada se relaciona com as qualidades inerentes ao sujeito que promove a desapropriação.

As teorias construídas sobre os fundamentos do instituto expropriatório apresentam muitos traços comuns. Por isso, é de se concluir no sentido de que, de forma geral, ele se fundamenta na prevalência ou predominância do interesse público sobre o particular, na prevalência do interesse que proporcione maior benefício social e na necessidade de realização dos fins do próprio Estado, o que demanda, muitas vezes, a privação ou restrição do direito do particular. Em casos específicos (por ex., CF, arts. 184 e 182, §2º, III), fundamenta-se, também, na função social da propriedade.

## **2.5 - Elementos**

Pela desapropriação busca-se harmonizar o interesse social e o interesse do titular da propriedade. Mesmo para satisfazer as exigências coletivas, o Estado não pode simplesmente apoderar-se da propriedade privada, por isso submete-se ao procedimento expropriatório, meio idôneo para obter a satisfação desses interesses sem prejudicar o do particular. Para sua ocorrência exige-se a presença de elementos essenciais<sup>642</sup>.

---

<sup>641</sup> Desapropriação de bens públicos (à luz do princípio federativo). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 98.

<sup>642</sup> Também Marienhoff diz da necessidade de requisitos ou elementos para ocorrência da desapropriação, op. cit., p. 126.

Portanto, paralelamente ao poder de desapropriar, existem os limites impostos ao Poder Público pela própria Constituição, que estabelece as condições para que ela possa ocorrer.

Historia Paulo Jorge de Lima<sup>643</sup> que, aceita a opinião de que o príncipe podia dispor dos bens dos súditos, não porque eles fossem propriedade sua, mas em virtude do seu poder de império, apresentou-se uma outra questão, consistente em saber se tal poder seria ilimitado ou se a ele poderiam opor-se os direitos dos particulares, já se delineando aí as modernas teorias da soberania popular e do Estado de direito. A primitiva concepção medieval era a de que o príncipe, como supremo legislador, podendo modificar ou derogar a lei, estava colocado acima desta, a ela sujeitando-se apenas por um dever moral, de vontade, e não de necessidade.

Junto com as primeiras manifestações ideológicas do nascente capitalismo e com a formação dos Estados nacionais, as opiniões doutrinárias caminharam no sentido de restringir o poder dos soberanos, a ele opondo os direitos dos particulares, notadamente quanto ao direito de propriedade. Todavia tais restrições não poderiam apoiar-se no Direito positivo, cuja fonte era o próprio soberano. Daí que os juristas e escritores políticos da época vão buscar o fundamento de tal teoria nas concepções de um direito anterior, externo e superior ao Estado, fosse ele o *jus naturale*, o *jus divinum* ou o *jus gentium*<sup>644</sup>. Adotando-se tais preceitos no tocante à desapropriação, passou

---

<sup>643</sup> Op. cit., p. 76.

<sup>644</sup> Cf. Paulo Jorge de Lima que acrescenta que a figura do rescrito, oriunda da tradição romana, na qual o *rescriptum principis* era uma das formas pelas quais se exprimia a vontade dos imperadores romanos ante a lei, desempenhou importante papel. Seguindo a doutrina dos canonistas a respeito dos rescritos papais, vários dos pós-glosadores formularam a teoria segundo a qual o Imperador tinha igualmente a faculdade de reescrever o Direito divino, interpretando-o para adaptá-lo ao bem público, de forma, entretanto, a não contradizê-lo. E, pelo rescrito contrário ao Direito natural, chegou-se a conclusão análoga. Finalmente, ao rescrito contrário ao *jus gentium*, do qual a propriedade era instituição típica, aplicavam-se as mesmas considerações e limitações, visto que o *jus gentium* se identificava e mesmo se confundia com o *jus divinum* e com o *jus naturale*. Op. cit., p. 76-77.

a ser entendido que o soberano somente poderia tirar a propriedade de alguém *ex justa causa*. A exigência da justa causa é tida por Pontes de Miranda como o marco da moderna desapropriação<sup>645</sup>.

Discutia-se, também, o princípio da reparação devida ao expropriado, tese que provocou controvérsias entre os juristas medievais, embora adotada no século XIII em determinados textos de Direito Positivo, como, por exemplo, no Código das Partidas (1263 ou 1265), mandado elaborar por Afonso, o Sábio, e alguns estatutos das cidades italianas; a ordenança de Felipe o Belo, datada de 1303, determinando a expropriação de terrenos necessários, previa o pagamento de indenizações<sup>646</sup>. Tal princípio indenizatório foi defendido, com fervor, pelos canonistas, que procuravam impedir que as propriedades da Igreja fossem despojadas pelo Imperador, acabando por firmar-se na doutrina, notadamente em virtude dos trabalhos dos pós-glosadores<sup>647</sup>.

Apesar dessas divergências e vacilações, no final da Idade Média estava elaborada uma teoria racional da expropriação, que foi acolhida e aperfeiçoada durante a Época Moderna pelos jurisconsultos e teólogos da Renascença, pelos grandes juristas práticos dos séculos XVII e XVIII e pela escola do direito natural<sup>648</sup>.

Informa, ainda, Jorge de Lima<sup>649</sup> que, no início dos tempos modernos, quando se verificaram a ascensão da burguesia e a consolidação dos

---

<sup>645</sup> *In Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro, 1963, t. 5, p. 28. *Apud* Jorge de Lima, op. cit., p. 77.

<sup>646</sup> Cf. Paulo Jorge de Lima, op. cit., p. 78-79.

<sup>647</sup> Entretanto, entre eles, alguns negavam o direito à indenização (p. ex., Bartolo de Sassoferrato, 1313-1357), invocando exatamente a teoria da justa causa para sustentar que a exigência desta exonerava o soberano da obrigação de indenizar. Por outro lado, os partidários da indenização entendiam que a expropriação não dependeria da justa causa, a qual estaria implícita no ato do príncipe, único juiz da utilidade pública (p. ex., Baldo degli Ubaldi, 1327-1400) cf. Paulo Jorge de Lima, op. cit., p. 78.

<sup>648</sup> Cf. Paulo Jorge de Lima, op. cit., p. 80.

<sup>649</sup> Op. cit., p. 80-81.



Estados Nacionais, o direito individual de propriedade passou a ser intransigentemente defendido contra os atos do soberano, mesmo pelos partidários do absolutismo monárquico, tais como Maquiavel<sup>650</sup> e Jean Bodin<sup>651</sup>. Na Espanha, destacou-se o tratado escrito por Fernando Vázquez de Menchaca, publicado em 1564, no qual, em um dos seus capítulos, expôs uma teoria que se aproximava bastante do conceito do instituto expropriatório tal como veio a ser adotado pelas diferentes legislações no final do século XVIII<sup>652</sup>. A partir do século XVI e durante toda a Época Moderna, numerosos outros juristas escreveram sobre a desapropriação, entre eles destacaram-se Grocio, fundador da Escola Clássica do Direito Natural, que, em 1625, manifestou-se no sentido de uma indenização completa em favor do expropriado, e Puffendorf que, em 1672, também defendia o mesmo princípio.

Sob a influência jusnaturalista, já se encontrava, portanto, elaborada a doutrina que a Revolução Francesa iria adotar, prevista no art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional francesa em 26-8-1789. Esse princípio foi erigido em norma constitucional prevista na Constituição Francesa de 3-9-1791, passando a figurar também nas demais Constituições francesas que lhe sucederam. Fortemente influenciado pelo Direito francês, propagou-se o instituto da desapropriação por

---

<sup>650</sup> Ele afirmava que: "Mais facilmente esquecem os homens a morte de seu pai que a perda do seu patrimônio", op. cit., p. 80.

<sup>651</sup> O ideólogo do absolutismo francês (1530-1596) proclamava ser inviolável a propriedade privada, por ser ela anterior à aparição do Estado, e por existir uma esfera de atividade (propriedade particular e os direitos da pessoa) que escapava à jurisdição do monarca. Para melhor resguardar tais direitos, à semelhança dos jurisconsultos medievais, colocou-os entre os direitos naturais e divinos, anteriores e acima do Estado. Mesmo assim, aceitava a desapropriação por utilidade pública, desde que o proprietário recebesse a devida compensação. Op. cit., p. 80-81.

<sup>652</sup> Repelia a doutrina do domínio eminente, sustentando que o soberano somente poderia tirar a propriedade de um particular em virtude de *causa publicae utilitatis vel necessitatis* e mediante compensação. Reconhecendo a predominância do interesse público sobre o particular, concebia a utilidade ou necessidade pública em proveito do Estado e não da pessoa do rei, príncipe ou outro eventual detentor do poder. A perda da propriedade em benefício do bem comum não poderia trazer ao proprietário expropriado sacrifício maior que aos demais cidadãos, pois que isso seria contrário ao Direito Natural. Assim sendo, somente se deduziria da reparação a ele devida a parte que lhe correspondesse, idêntica à dos demais, para a realização da empresa ou obra pública. Op. cit., p. 81.

necessidade ou utilidade pública, passando a integrar as Constituições que foram surgindo nos países europeus durante o século XIX e, também, nas que surgiram na América latina, no mesmo período. No início, a finalidade do instituto se limitava às obras ou melhoramentos públicos. Entretanto, aos poucos, destacou-se desses serviços clássicos, surgindo vários outros fins, tais como econômicos, culturais, estéticos, artísticos, militares, esportivos, científicos e, até, religiosos<sup>653</sup>.

Sabbatini<sup>654</sup> informa que a desapropriação passou a abranger tudo o que apresentasse proveito e interesse para a coletividade; tudo o que pudesse contribuir para as necessidades gerais, para a segurança e o bem estar da sociedade, não só sob o aspecto material, mas também pelos aspectos intelectual ou moral. Acrescenta Paul Duez<sup>655</sup> que essa transformação, verificada a partir de 1850, quando passou a dominar a idéia de satisfação do interesse geral, sob a influência das doutrinas socialistas, trouxe como resultado uma verdadeira multiplicação dos casos de utilidade pública.

### **2.5.1 - Da necessidade e utilidade pública**

A locução necessidade pública apareceu na França, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 17. O Código Civil francês, no art. 545, substituiu-a por utilidade pública.

Para Marienhoff<sup>656</sup> a utilidade pública é a causa que justifica a expropriação, consistindo sua ocorrência em uma garantia constitucional na

---

<sup>653</sup> Cf. Paulo Jorge de Lima, op. cit., p. 84-86.

<sup>654</sup> *In Commento alle Leggi sulle Espropriazioni per Pubblica Utilità*, 3. ed., Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913-1917, v. 1, p. 173. *Apud* Jorge de Lima, op. cit., p. 87.

<sup>655</sup> *In Traité de Droit Administratif*. Paris: Librairie Dalloz, 1952, p. 815. *Apud* Jorge de Lima, idem, ibidem.

<sup>656</sup> Op. cit., p. 181-182.

inviolabilidade da propriedade. Explica que nem todas as atividades do Estado exigem, para sua satisfação, o exercício do poder expropriatório. Daí que, para sua procedência, faz-se indispensável a existência de uma causa expropriante, que é a utilidade pública. Por outro lado, ao limitar a expropriação aos casos de utilidade pública, o constituinte pôs um freio ao poder expropriatório do Estado, consistindo a utilidade pública, nesse aspecto, requisito indispensável à procedência da expropriação.

Reconhece Marienhoff<sup>657</sup> que o termo utilidade pública é mais amplo e compreensivo do que o termo necessidade pública; entende que necessidade expressa uma idéia mais estreita que utilidade: o necessário é o que não pode mesmo deixar existir; o útil é conveniente, mas não indispensável. Todavia, anota que Étienne, autor francês, disse que, para os redatores do Código Civil francês, as expressões - necessidade e utilidade - eram idênticas.

No Brasil, esclarece Seabra Fagundes<sup>658</sup> que a dicotomia necessidade ou utilidade pública se explica por razões históricas. A Constituição Imperial aludiu apenas aos casos em que o bem público legalmente exigisse o uso e emprego da propriedade do cidadão. Em seguida, a Lei 422, de 9-9-1826, adotou a duplicidade, tratando no art. 1º dos casos em que o bem público exigisse uso ou emprego da propriedade do cidadão por necessidade; e, no artigo seguinte, mencionou as hipóteses em que a mesma exigência teria como base a utilidade.

Acrescenta que a distinção estabelecida tinha, segundo o sistema daquela lei, sua razão de ser. É que, em se tratando de necessidade, a verificação de sua exigência seria feita, a requerimento do procurador da

---

<sup>657</sup> Op. cit., p. 187-188.

<sup>658</sup> Op. cit., p. 22.

Fazenda Pública, ao juiz do domicílio do proprietário; ao passo que, nos casos de utilidade pública, a verificação do motivo teria lugar por ato do Corpo do Legislativo, ao qual seria levada a requisição do procurador da Fazenda Pública<sup>659</sup>.

Mesmo assim, acaba por distinguir que a necessidade surge quando a Administração Pública se encontra diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido nem procrastinado e para cuja solução é indispensável incorporar no domínio do Estado o bem particular; já a utilidade pública existe quando a utilização da propriedade privada é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível<sup>660</sup>.

A utilização das duas expressões foi mantida em todas as leis posteriores relativas à desapropriação e, também, nas Constituições de 1891, 1934 e 1937. Todavia o Decreto-lei nº 3.365, de 21-6-1941, que disciplina as desapropriações por utilidade pública, quebrou essa tradição secular do nosso Direito, eliminando a duplicidade e agrupando, em seu art. 5º, todos os casos expropriatórios sob a denominação de utilidade pública. Na exposição de motivos, dizia-se, justificando a medida, que a anterior distinção não correspondia a qualquer objetivo de ordem técnica ou prática, porque idênticos eram o processo de declaração e os efeitos da medida<sup>661</sup>.

Diz Paulo Jorge de Lima<sup>662</sup> que a nova orientação provocou críticas e ensejou discussões, afirmando que o critério unitário adotado pela lei ordinária não se justificava, em face da dicotomia existente no texto

---

<sup>659</sup> Op. cit., p. 22.

<sup>660</sup> Op. cit., p. 23.

<sup>661</sup> Cf. Paulo Jorge de Lima, op. cit., p. 90.

<sup>662</sup> Op. cit., p. 91.

constitucional. Reforça, com base na Constituição de 1946, que ela não apenas manteve como ainda reforçou a distinção, acrescentando aos motivos de utilidade ou necessidade públicas o do interesse social.

Entende que o conceito de utilidade pública é mais amplo que o de necessidade pública, afirmando que, quando os casos de desapropriação deixaram de estar restritos à realização de obras públicas, para abranger outras finalidades, a doutrina e a maioria das legislações passaram a empregar a expressão "utilidade pública", a qual, por sua amplitude, podia abarcar as mais diversas hipóteses. Cita observação feita por Marcel Waline no sentido de que a troca de uma expressão por outra não foi mera questão de terminologia, mas a manifestação da tendência no sentido de alargar cada vez mais a noção da pública utilidade como fundamento da desapropriação<sup>663</sup>.

O texto contido na Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, inc. XXIV) adotou as duas expressões: necessidade e utilidade pública. A Medida Provisória 2.183-56/01, de 24-8-2001, ao incluir o artigo 15-A e §§ ao Dec.-lei n. 3.365/1941, que trata de hipótese de imissão de posse e cálculo de juros, refere-se à desapropriação por neessidade ou utilidade pública.

Necessário é algo imprescindível, que não se pode dispensar<sup>664</sup>. Algo útil não é necessário, mas tem serventia, é proveitoso ou vantajoso<sup>665</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>666</sup> diz que, embora o texto constitucional se refira a ambas as expressões, o certo é que a noção de

---

<sup>663</sup> Op. cit., p. 89-90.

<sup>664</sup> Cf. definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, op. cit., p. 1397.

<sup>665</sup> Cf. definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, idem, p. 2038.

<sup>666</sup> *In Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 669.

necessidade pública já está inserida na de utilidade pública. Esta é mais abrangente que aquela, daí que tudo o que for necessário será fatalmente útil, mas a recíproca não é verdadeira, já que haverá desapropriações somente úteis, embora não necessárias; que os casos de necessidade pública estarão incluídos nos casos de utilidade pública, por ser esse conceito mais abrangente.

Helita Barreira Custódio<sup>667</sup> afirma que a acepção restrita de necessidade pública, com seu caráter de urgência inadiável, está contida na concepção ampla da expressão utilidade pública, que abrange todos os tipos de interesse público ou interesse geral, em suas múltiplas hierarquias ou prioridades, desde as providências relacionadas com obras ou atividades de caráter prioritário ou urgente, àquelas relacionadas com obras ou atividades normais, de caráter defensivo, preventivo ou de benfeitoria. Mesmo assim, diferencia as expressões, entendendo que o termo necessidade (do latim *necesse*, de que resultou *necessitas*, no sentido de indispensável, inevitável) caracteriza-se pela urgência e imprescindibilidade de determinado ato.

Celso Ribeiro Bastos<sup>668</sup> diz que a necessidade pública consiste na indispensabilidade de determinado bem para se atingir uma atividade essencial do Estado. Há utilidade pública quando o bem, ainda que não imprescindível ou insubstituível, é conveniente para o desempenho da atividade pública.

Barcellos de Magalhães<sup>669</sup> diz ser clássica a dualidade de causas que devem servir de fundamento à desapropriação: a utilidade pública e a

---

<sup>667</sup> Desapropriação por utilidade pública. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, janeiro-março-1983, v. 23, p. 161.

<sup>668</sup> Op. cit., p. 131.

<sup>669</sup> *In Direito Administrativo*. Colaboração de Maria de Nazaré Oliveira Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992, p. 159-160.

necessidade pública. Entende tratar-se, efetivamente, de uma distinção para efeitos meramente teóricos ou doutrinários, já que o grau de utilidade ou necessidade não influi no poder de desapropriar, bastando que exista alguma condição de satisfazer a coisa ao bem comum.

Identifica como utilidade pública a qualidade de tudo quanto possa servir ou contribuir para tornar melhor, mais fácil a vida em comum, ou mais produtiva a ação do Estado em benefício da coletividade. Necessidade pública, a que se impõe como uma exigência fundamental, sem cuja satisfação imediata o interesse público ou coletivo possa sofrer um risco, ou prejuízo. Apesar de acreditar que a unificação conceitual corresponde ao pensamento dominante, entende que se deve reconhecer a existência de modalidades expropriatórias específicas, segundo os fins a que a medida se destina<sup>670</sup>.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>671</sup>, a necessidade pública surge quando a Administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para seu domínio e uso imediato. A utilidade pública apresenta-se quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível.

Kiyoshi Harada<sup>672</sup>, mesmo afirmando que a dicotomia - necessidade pública e utilidade pública - desapareceu com o advento do Decreto-lei nº 3.365/1941, diz ser possível vislumbrar casos de necessidade pública no elenco do seu art. 5º, exemplificando com seus quatro primeiros incisos. Demonstra que, em matéria de desapropriação, a necessidade pública

---

<sup>670</sup> *In Teoria e prática da desapropriação*. Op. cit., p. 24-25.

<sup>671</sup> Op. cit., p. 513-514.

<sup>672</sup> *In Desapropriação: doutrina e prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 35-37.

surge quando o poder público se defronta com um problema urgente e inadiável, só removível mediante a transferência do bem particular a seu domínio. Já a utilidade pública aparece quando a incorporação da propriedade privada ao domínio estatal atende ao interesse coletivo que, encampado pelo poder político, converte-se em interesse público a ser satisfeito pelo regime da despesa pública. Conclui que ambas, necessidade pública e utilidade pública, são espécies de que é gênero o interesse público.

Diógenes Gasparini<sup>673</sup> entende ser de necessidade pública a desapropriação sempre que o Estado, para atender situações anormais que se lhe apresentem, tem de adquirir o domínio e o uso de bens de terceiros; de utilidade pública, a desapropriação em que o Estado, para atender situações normais, tem de adquirir o domínio e o uso de bens de outrem.

Realmente, a expressão utilidade pública é de alcance mais amplo do que a expressão necessidade pública, que pode ser considerada espécie do gênero utilidade pública, já que as hipóteses de necessidade pública podem ser incluídas nas de utilidade pública.

Entendemos que a Constituição Federal de 1988, ao dispor que a lei estabeleceria o procedimento da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, adotando essa dicotomia, o fez tanto por razões históricas, como para deixar claro (para que não restassem dúvidas) que a expropriação se faz possível não apenas nos casos de necessidade pública, quando o bem se apresenta indispensável, mas, também, nos casos em que sua utilização seja proveitosa, vantajosa, conveniente ou satisfatória ao atendimento do interesse público.

---

<sup>673</sup> *In Direito Administrativo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 696-697.



Todavia, muitos doutrinadores relacionam a necessidade pública às situações excepcionais ou de urgência. Poder-se-ia indagar se decorre alguma utilidade prática desta distinção.

É de se observar que o Decreto-lei nº 3.365/1941, apesar de ter adotado unicamente a expressão utilidade pública, estabeleceu, em seu art. 15, a possibilidade de, nos casos de urgência e mediante depósito da quantia arbitrada, o juiz imitar o expropriante provisoriamente na posse dos bens, independentemente da citação do réu. Trata-se de tutela antecipada de parte do pedido, já que se pretende a fruição antecipada dos bens. Os requisitos para sua concessão consistem na demonstração de urgência e no depósito do *quantum* arbitrado pelo juiz processante.

Daí que, se se empregar a expressão necessidade significando urgência, a dualidade poderia servir para identificar, diferenciar ou destacar, nas ações de desapropriações judiciais, os casos nos quais se fizesse necessária a imissão provisória do bem, dos casos em que essa necessidade não existisse, evidenciando-se aos serventuários e ao próprio juiz, inclusive, conter a petição inicial pedido de tutela de urgência. Serviria, assim, para ser destacada a necessidade de se conferir à ação caráter preferencial, tanto na sua distribuição como no seu processamento, nessa fase inicial. Todavia, na prática, nem sempre se faz essa diferenciação ou identificação na petição inicial.

### **2.5.2 - Do interesse social**

A Carta de 18 de setembro de 1946 já fazia a previsão da possibilidade de se desapropriar por motivo de interesse social.

Seabra Fagundes<sup>674</sup> afirma que o legislador constituinte, ao mencionar o interesse social, quis acentuar o relevo da expropriação como meio de atingir as finalidades sociais da Constituição. Quis insinuar ao legislador ordinário a utilização do expropriamento como fator útil à composição dos conflitos coletivos de interesse latentes no campo social e econômico, por meio da justa distribuição da propriedade, da repressão ao abuso do poder, da intervenção com finalidade social em certos setores de atividades econômicas (p. ex., industriais, comerciais, etc.). Afirma que haverá motivo de interesse social quando a expropriação se destinar a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral, em prol da melhoria das condições de vida, por uma distribuição mais eqüitativa da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais.

Entende Eurico Sodré<sup>675</sup> que a necessidade, a utilidade pública e o interesse social poderiam ser reduzidos apenas à utilidade pública, dentro de cujo conceito caberiam a necessidade pública e o interesse social. Diz que os autores dessa expletiva trilogia constitucional justificaram-na com a conveniência de se combater a propriedade dormente ou improdutiva que recebe valorização por obra do tempo, do próprio Estado ou do trabalho coletivo. Critica tal posicionamento, por entender que, apesar de a maioria dos constituintes ter enxergado o problema dos latifúndios, da injusta distribuição da propriedade imóvel, da escassez da terra, existiam no país, na época, extensas zonas devolutas e até desconhecidas dos civilizados. Afirma que a previsão do

---

<sup>674</sup> Op. cit., p. 23.

<sup>675</sup> Citando vários autores franceses que têm a mesma opinião, op. cit., p. 30 e 39.

interesse social foi demagógica ou, talvez seus idealizadores tenham sido visionários<sup>676</sup>.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>677</sup> aponta dois elementos fundamentais: o elemento utilidade pública, que possibilita ao poder público intervir no domínio e posse do particular; e o elemento função social, quanto à destinação, dando conteúdo jus-político ao ato expropriatório.

Para Moraes Salles<sup>678</sup>, a tripartição é de grande utilidade, pois serve para melhor explicitar os casos sem que o direito de propriedade, assegurado pela Constituição, ceda o passo à desapropriação. Mesmo assim, afirma que o conceito de necessidade pública é abrangível pelo de utilidade pública. Quanto ao pressuposto constitucional do interesse social, ressalta que ele se distingue, nitidamente, do relativo à utilidade pública.

Jesus Crisóstomo de Almeida<sup>679</sup> afirma que o critério tricotômico facilita a compreensão mais pormenorizada das situações ensejadoras da desapropriação, ou seja, ele é didático; no entanto, reconhece que a expressão utilidade pública engloba todas as situações autorizadas da desapropriação.

Complementa Massami Uyeda<sup>680</sup> que a tríplice fundamentação da desapropriação, consubstanciada nos vocábulos necessidade

---

<sup>676</sup> Também Edmundo Lins reduzia as causas de fundamentação da desapropriação a uma só - utilidade pública - admitindo que todos os casos de desapropriação são, sempre, de utilidade pública, cf. aduz Barcellos de Magalhães, op. cit., p. 24.

<sup>677</sup> Op. cit., p. 26.

<sup>678</sup> Op. cit., p. 92.

<sup>679</sup> *In Processo e procedimento judiciais na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária*. Dissertação apresentada no curso de mestrado em Direito, área de concentração em Direito Agrário, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre, orientada pelo prof. Dr. Nivaldo dos Santos. Goiânia: inédita, 2002, p. 24-25.

<sup>680</sup> Op. cit., p. 28.

pública, utilidade pública e interesse social, representa o resultado de um processo de maturação do instituto, o qual constitui antes uma garantia assegurada ao direito de propriedade do que uma ameaça à sua integridade, já que se encontra delimitada pelo direito positivo.

Registra Marienhoff<sup>681</sup> que têm sido diferenciadas as expressões "utilidade pública" e "utilidade social", afirmando-se que essa última tem um significado específico, de beneficiar a todos, ao passo que a utilidade pública muito raramente se estende a toda a comunidade, limitando-se, geralmente, a uma zona ou localidade. Já a expropriação por interesse social se dá por razões de interesse social, e é efetivada para dar solução a um problema social. Entretanto, conclui que o conceito de interesse social está compreendido no de utilidade pública. E que, os conceitos de "interesse geral" e "interesse público" são substancialmente correlatos à "utilidade pública".

Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>682</sup> as diferenças entre desapropriação por utilidade pública e desapropriação por interesse social, destacando entre elas: a diferença das hipóteses legais que autorizam o exercício do poder expropriatório por utilidade pública e as previstas na desapropriação por interesse social; o prazo de caducidade do decreto expropriatório; e a competência exclusiva da União na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

Helita Barreira Custódio<sup>683</sup>, com apoio em Aldo Maria Sandulli, considera o interesse social uma das espécies características de utilidade pública, de interesse público ou interesse geral, estando seu conceito

---

<sup>681</sup> Op. cit., p. 188-189.

<sup>682</sup> Op. cit., p. 808.

<sup>683</sup> Op. cit., p. 149.

diretamente relacionado com o princípio da função social da propriedade. Salienta que a desapropriação é promovida em face das incapacidade, inaptidão ou negligência do proprietário no emprego ou utilização de seus bens ou quanto à inobservância das normas jurídicas, que impõem melhoramentos públicos em tais bens. Acrescenta que a desapropriação por interesse social se fundamenta na imprescindibilidade da realização de uma condição resolutive da propriedade, podendo denominar-se, com a evida cautela, propriedade resolúvel.

A doutrina vem entendendo que o interesse social ocorre toda vez que um determinado bem for prestante para a paz, para o progresso social ou para o desenvolvimento da sociedade<sup>684</sup>; objetiva impor melhor aproveitamento da terra rural ou prestigiar certas camadas sociais, adquirindo o Estado a propriedade de alguém para trespassá-la a terceiro<sup>685</sup>; ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público, sendo que os bens desapropriados se destinarão, não à Administração ou a seus delegados, mas à coletividade ou, a certos beneficiários<sup>686</sup>; destina-se a solucionar problemas sociais, mediante a distribuição dos bens expropriados, normalmente, aos hipossuficientes economicamente<sup>687</sup>.

A desapropriação por interesse social é a que é promovida para atender ao melhor uso da propriedade, ao seu rendimento. Objetiva promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar seu uso ao bem-

---

<sup>684</sup> Cf. Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p. 131.

<sup>685</sup> Cf. Diógenes Gasparini, *In Direito Administração*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 696-697.

<sup>686</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 514.

<sup>687</sup> Cf. Jesus Crisóstomo de Almeida, op. cit., p. 24.

estar social, na forma disposta na Constituição Federal (art. 1º, Lei 4.132/1962). Decorre das necessidades sociais e visa beneficiar a todos da coletividade.

Os casos de interesse social foram arrolados no art. 2º, da lei 4.132/1962, e são os seguintes: 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; a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola; o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; 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; a construção de casas populares; 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; a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais; a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

Apesar de o art. 1º estabelecer tal espécie de desapropriação para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social, nem todos os incisos do art. 2º se relacionam com propriedades que não estão cumprindo a função social (*ex. vi* dos incisos III, V e VI). Já a hipótese do inciso I, foi absorvida pela desapropriação por interesse social para

fins de reforma agrária, sendo os casos mais comuns de desapropriação por interesse social as hipóteses previstas nos incisos IV e V<sup>688</sup>.

O art. 4º determina a venda ou locação dos bens expropriados a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista. Quanto ao procedimento para desapropriar, é ele o mesmo estabelecido no Decreto-lei n. 3.365/1941.

### 2.5.3 - Da indenização

A indenização constitui, também, elemento integrante da desapropriação. Na desapropriação por utilidade pública ela deverá ser justa, prévia e em dinheiro, conforme garante o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

Afirma Zanobini<sup>689</sup> que, da mesma forma que é necessária a efetiva existência de utilidade pública, a indenização constitui um requisito da legitimidade do ato expropriatório. De Lalleau<sup>690</sup> afirma que uma expropriação sem a adequada indenização configura confisco, sendo, por isso, antijurídica.

Oswaldo Gomes<sup>691</sup> deixa claro que a indenização constitui elemento essencial estruturante da noção de expropriação, uma vez que a expropriação por utilidade pública só pode ser efetuada mediante o pagamento

---

<sup>688</sup> Cf. Kiyoshi Harada, op. cit., p. 38.

<sup>689</sup> *Corso di diritto amministrativo*, t. 4, nº 6, p. 201. *Apud* Marienhoff, op. cit., p. 242.

<sup>690</sup> *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, t. 1, nº 171, p. 105. *Apud* Marienhoff, op. cit., p. 243.

<sup>691</sup> Citando o art. 62º, n. 2, da CRP, esclarece que a idéia de contemporaneidade não equivale à exigência de uma prévia indenização, mas dela decorrem três conseqüências importantes: o beneficiário da expropriação não dispõe de poderes discricionários quanto ao momento do seu pagamento, dependendo a investidura administrativa na posse dos bens a expropriar da realização do necessário depósito, o qual deve ser corrigido ou efetuado antes da adjudicação da propriedade pelo tribunal; o pagamento da indenização deve ser efetuado de acordo com o disposto na legislação expropriatória; o montante da indenização é calculado com referência à data da declaração de utilidade pública, sendo atualizado na data da decisão final do processo, de acordo com a evolução do índice de preços ao consumidor, com exclusão da habitação. Op. cit., p. 26 e 33.

da justa indenização, ou melhor, mediante o pagamento contemporâneo de uma justa indenização.

Marienhoff<sup>692</sup> acrescenta que os princípios essenciais a que se deve ajustar a expropriação não dependem da lei infraconstitucional, mas da Constituição, à qual aquela deve conformar-se, respeitando seu texto e seus princípios. Assim, tudo o que disser respeito ao regime jurídico da indenização expropriatória será regido, essencialmente, pelo texto e pelo espírito da Constituição, e, subsidiariamente, pela lei expropriatória, enquanto essa última não violar a Constituição.

Esclarece que, em matéria expropriatória, deve-se entender por indenização o ressarcimento do necessário para que o patrimônio do expropriado se mantenha na mesma situação em que se encontrava antes da expropriação. Entende que a lei só pode excluir desse ressarcimento alguns valores, desde que essa exclusão seja razoável, não podendo ser estendida aos valores essenciais integrantes do respectivo direito de propriedade, sob pena de ser inconstitucional<sup>693</sup>.

No Brasil, a Constituição Imperial (art. 179, inc. XXII) e a Constituição Republicana de 1891 (art. 72, § 17) já condicionavam o expropriamento à prévia indenização, todavia nada dispunham sobre ela ser justa. Na Constituição de 1934 (art. 113, item 17), acrescentou-se à exigência de indenização prévia a de que ela fosse justa. Todavia, na Carta de 1937 (art. 122, item 14), a exigência de uma justa indenização foi suprimida. Sob sua égide é que foi editado o Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-1941.

---

<sup>692</sup> Op. cit., p. 242-244.

<sup>693</sup> Idem, p. 244.



Para Sérgio Ferraz<sup>694</sup>, como na Constituição de 1937 não havia a previsão da justa indenização, teria o Decreto-lei n. 3.365/1941, por isso, admitido que fosse erigido valor fiscal, locativo, como limite para apuração da indenização, mas que, mesmo sob a égide da Constituição de 1937, se discutia se essa limitação era válida ou inválida. Daí observar não ser, de forma alguma, despicienda a colocação do adjetivo justa ao lado do substantivo indenização.

O Constituinte de 1946 ampliou o conteúdo tradicional dos textos constitucionais brasileiros para declarar que a indenização prévia seria em dinheiro e justa, dispensando a indenização imediata em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina (art. 141, item 16). A Constituição de 1967 repetiu o conteúdo do texto da Constituição de 1946, mantendo a indenização prévia, justa e em dinheiro. O Ato Institucional nº 9, de 25-4-1969, alterou a redação da Carta de 1967, suprimindo a indenização prévia nos casos de desapropriação da propriedade rural. A Emenda Constitucional voltou a adotar, como regra, a indenização prévia, justa e em dinheiro.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da desapropriação, no seu inc. XXIV, vinculou sua efetivação ao pagamento de uma indenização justa, prévia e em dinheiro, ressalvados os casos ali expressos. Assim, em princípio, não haverá desapropriação sem que, previamente, tenha sido paga justa indenização ao expropriado.

Uma dessas exceções foi prevista pela Constituição de 1988, ao acrescentar nova modalidade de desapropriação de bens urbanos inadequadamente utilizados, efetivada pelo Município, visando à observância do Plano Diretor do Município (art. 182 § 4º, inc. III). Estabelece que o pagamento

---

<sup>694</sup> Op. cit., p. 248.

da indenização se dará 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. Também, quando o imóvel rural não estiver cumprindo sua função social, a União poderá desapropriá-lo por interesse social, para fins de reforma agrária, 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 (art. 184).

Assevera Domingos de Franciulli Neto<sup>695</sup> que o art. 5º, XXIV, encartado entre os direitos e as garantias fundamentais, individuais e coletivas, ao determinar a justa e prévia indenização em dinheiro para a desapropriação, tenha o fundamento que tiver (necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social), é de caráter preceptivo, e não programático, ou seja, é um preceito de eficácia plena, auto-aplicável e bastante em si. Não necessita de complementação, explicitação ou regulamentação. A lei desapropriatória não poderá dispor de modo diferente; tem de obedecer a esse comando emergente: não haverá desapropriação, em termos de transferência de propriedade por esse ato de império, enquanto não composto o patrimônio do expropriado, mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

Daí afirmar Sérgio Ferraz<sup>696</sup> que não há de se admitir que a Administração promova transferências coativas de propriedade, sem que esteja aparelhada para atender aos ônus que necessariamente daí decorrerão, sob pena de quebra flagrante de um princípio fundamental não apenas no nosso Direito, mas no Constitucional Comparado, que é o da igualdade, da isonomia. Tal

---

<sup>695</sup> Citando ensinamentos de Jorge Miranda, abonados por Ives Gandra Martins. Desapropriação - O aparente conflito entre o art. 33 das "Disposições Transitórias" e o art. 5º, XXIV, ambos da Constituição Federal. *In Revista dos Tribunais*, v. 659, p. 230.

<sup>696</sup> Justa indenização na desapropriação. *Revista dos Tribunais*, v. 502, p. 248.

princípio corresponde a um valor objetivo, absoluto, que não depende de sorte alguma de um reconhecimento ou de um embasamento doutrinário maior; é um valor por si. A igualdade entre os homens é um valor por si.

É exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o privado: o particular perde a propriedade e, como compensação, recebe o valor correspondente em dinheiro, salvo algumas hipóteses em que o pagamento se pode dar por títulos da dívida pública, complementa Maria Sylvia Zanella Di Prieto<sup>697</sup>.

Os princípios que informam a indenização, no Brasil, não destoam dos correspondentes no direito universal, e são os seguintes: princípio da prevalência, que determina a precedência da indenização à ocupação do objeto expropriado; princípio do justo preço, que determina ao poder público o pagamento do equivalente ao *quantum* do prejuízo sofrido; princípio monetário, que determina, regra geral, seja o expropriado pago em dinheiro; princípio da certeza, mediante o qual, por avaliação amigável ou judicial, fixa-se o *quantum*, sem se levar em conta qualquer circunstância que posteriormente possa alterar o valor econômico do objeto; e princípio da unicidade, segundo o qual o valor da indenização corresponde a todos os elementos da propriedade, representando uma somatória de valores<sup>698</sup>.

Marienhoff<sup>699</sup> diz que se deve entender por indenização o ressarcimento de todo o necessário para que o patrimônio do expropriado se mantenha na mesma situação anterior à da expropriação. Quanto à sua natureza jurídica, afirma que a indenização pertence ao direito público e é por ele

---

<sup>697</sup> Op. cit., p. 183.

<sup>698</sup> Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, ed. de 1968, v. 5, p. 421. *Apud* J. Cretella Júnior, op. cit., p. 254-255.

<sup>699</sup> Op. cit., p. 243-245.

regida<sup>700</sup>; que se trata de dívida de valor, já que seu montante depende de uma determinação posterior, devendo ser fixado por um terceiro imparcial.

### **2.5.3.1 - Da indenização justa**

Nas palavras de Sérgio Ferraz<sup>701</sup>, a indenização justa, colocada no texto constitucional como garantia, na realidade é muito mais do que isto; ela é um parâmetro ético de atuação da própria Administração Pública; seu conceito deve corresponder exatamente à idéia que qualquer pessoa, à primeira vista, numa primeira abordagem, pode formular de justiça de uma indenização; deverá corresponder a uma retribuição que permita a reparação integral, traduzida exatamente na possibilidade imediata em que se encontra o expropriado, quando receba a indenização, de adquirir, se quiser, um bem da mesma natureza, características e atributos daquele que lhe fora subtraído por imposição.

Aduz Caio Mário<sup>702</sup> que não há direito individual tão forte que possa opor-se à supremacia social da destinação de bens e direitos aos fins públicos qualificados em lei. Mas não há também poder expropriante tão poderoso que possa trazer, ainda que indiretamente, prejuízo ou diminuição patrimonial aos administrados. A regra da justa indenização, compreendida a expressão em seu teor econômico, é o termo de equilíbrio entre esses dois valores. Graças a essa garantia, pode a desapropriação expandir-se em toda a sua plenitude, como instrumento moderno de justiça social e de política econômica, sem violentar a proteção de direitos patrimoniais.

---

<sup>700</sup> No mesmo sentido, Zanella Di Prieto, op. cit., p. 183.

<sup>701</sup> Op. cit., p. 248-249.

<sup>702</sup> Problemas atuais da desapropriação. Revista Forense v. 256, p. 16.

Para Marienhoff<sup>703</sup>, a afirmação de que a indenização deve ser justa, significa que deve existir uma rigorosa equivalência de valores entre o objeto expropriado e o montante da indenização. Sem essa equivalência a indenização não é justa. A indenização deve ser integral, devendo, pois, incluir ou compreender tudo aquilo que integre a consistência jurídica do bem expropriado. O valor da indenização também não pode ser diminuído em virtude de deduções improcedentes (p. ex., impostos, indisponibilidade do bem), devendo o patrimônio do expropriado permanecer inalterado.

Segundo o Código das Expropriações português (Decreto-lei n. 438/1991), a expropriação por utilidade pública de quaisquer bens ou direitos confere ao expropriado o direito de receber o pagamento contemporâneo de uma justa indenização. Essa justa indenização não visa compensar o benefício alcançado pelo expropriante, mas ressarcir o prejuízo do expropriado, tendo em consideração as circunstâncias e as condições de fato existentes à data da declaração de utilidade pública (art. 22º).

A indenização devida pelo poder público expropriante ao particular despojado de seus bens não é arbitrária. Ao contrário, uma série de requisitos deve informá-la, a fim de que o proprietário, obrigado a entregar os bens que lhe pertencem, não se veja ainda mais sensivelmente desequilibrado no *quantum* patrimonial em consequência da inesperada intervenção do Estado. Os princípios informativos da indenização se consubstanciam na eleição de vários índices restritivos que qualificam esse elemento do processo expropriatório, de tal modo que se exige, nos tempos modernos, que a indenização seja prévia, certa, única, justa e em dinheiro<sup>704</sup>.

---

<sup>703</sup> Op. cit., p. 278-282.

<sup>704</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 250.

Para R. Limongi França<sup>705</sup>, do princípio da conciliação dos contrários e do próprio princípio fundamental da legalidade decorre, como corolário, o da plena recomposição. Afirma não se tratar apenas de recomposição do patrimônio, senão da condição jurídica do expropriado, quer sob o aspecto material, quer sob o moral.

Nesse sentido, a justa indenização vem sendo definida como aquela que corresponde ao mais completo ressarcimento possível do dano sofrido, devendo corresponder obviamente ao valor de mercado do bem, ao *quantum* necessário para aquisição de outro com características tanto quanto possível idênticas<sup>706</sup>; é a que tem por finalidade apagar qualquer dano ou gravame. O proprietário deve ficar indene, por isso deve ser a indenização, como regra, em dinheiro, preceder a transferência da propriedade e possibilitar ao ex-proprietário a compra de outro imóvel, nas mesmas condições<sup>707</sup>; é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária<sup>708</sup>; não se deverá atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou do expropriado<sup>709</sup>.

Ainda, a jurisprudência reconhece que justa é a indenização economicamente equivalente ao valor real do bem expropriado, paga pelo Poder

---

<sup>705</sup> A plena recomposição e a indenização. In *Direito administrativo aplicado e comparado*. Compêndio em homenagem ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, t. 1, p. 205.

<sup>706</sup> Cf. Celso Ribeiro Bastos, op. cit., p. 131.

<sup>707</sup> Cf. Lúcia Valle Figueiredo, op. cit., p. 324.

<sup>708</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 523.

<sup>709</sup> Cf. José Carlos de Moraes Salles, op. cit., p.511.

Público expropriante, de forma que não haja nem enriquecimento nem empobrecimento do desapropriado<sup>710</sup>; a indenização do imóvel expropriado deve ser justa e prévia, tendo por finalidade precípua a recomposição do patrimônio do desapropriado, não podendo, todavia, essa indenização ser superior ao preço que o mesmo imóvel alcançaria no mercado imobiliário, sob pena de enriquecimento ilícito do expropriado<sup>711</sup>; o comando normativo inserto no inciso XXIV do art. 5º da Carta Magna exige, em caso de desapropriação por utilidade pública, prévia e justa indenização, entendendo-se como tal a que corresponder ao integral ressarcimento do dano sofrido, ao valor de mercado do bem, assim como ao *quantum* necessário para aquisição de outro com características tanto quanto possível idênticas à da coisa expropriada<sup>712</sup>; o objeto da ação de desapropriação compreende a justa indenização de todos os bens expropriados, dispensando ação autônoma para pleitear o ressarcimento de eventual item omitido<sup>713</sup>.

Quanto a análise da justa indenização, em sede de recurso especial, já se decidiu que "somente é cabível quando o exame de prova pericial ou do *quantum* indenizatório se referir à qualificação jurídica dos fatos (REsp 196456/SP, rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ de 11-3-2002), o que incorre na espécie, onde o recorrente insurge-se quanto à fixação da indenização sob o argumento de sua não equivalência ao preço de mercado, bem

---

<sup>710</sup> TJMG, proc. 1.0000.00.158112-3/000(1), rel. Aloysio Nogueira, DJ 2-6-2000, s/p.

<sup>711</sup> Entendendo, ainda, que, para a indenização em separado da cobertura florística, faz-se mister a comprovação de que ela vinha sendo explorada economicamente, com a devida autorização do órgão governamental competente, mediante o respectivo plano de manejo aprovado, cf. TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 2001.43.00.001097-6/TO, v. u., rel. des. Hilton Queiroz, DJ 16-5-2006, p. 61; "A indenização do imóvel expropriado deve ser justa e prévia, tendo por finalidade precípua a recomposição do patrimônio do desapropriado, não podendo, todavia, essa indenização ser superior ao preço que o mesmo imóvel alcançaria no mercado imobiliário, sob pena de enriquecimento ilícito do expropriado", TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1997.01.00.026609-1/MA, rel. des. Italo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 27-4-2006, p. 38.

<sup>712</sup> TJGO, 2ª Câmara Cível, AC 59379-0/188, rel. des. Marília Jungmann Santana, DJ de 10-9-2003, s/p. No mesmo sentido, concluindo que o comando normativo inserto no inciso XXIV do art. 5º da Carta Magna exige, em caso de desapropriação por utilidade pública, prévia e justa indenização, entendendo-se como tal a que corresponde ao integral ressarcimento do dano sofrido, ao valor de mercado do bem, TJGO, 2ª Câmara Cível, AC 55606-4/188, rel. des. Marília Jungmann Santana, DJ 16-6-2003, s/p.

<sup>713</sup> STJ, 2ª Seção, Conflito de competência 36376/TO, v. u., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 16-12-2002, p. 238.

como em razão da indenizabilidade da cobertura vegetal cujo *quantum* foi aferido a partir dos laudos periciais, temas que envolvem análise de matéria fático-probatória"<sup>714</sup>.

Em regra, o expropriante só será imitado na posse do bem desapropriado depois de pagar ou consignar em juízo o pagamento do preço fixado. Para se apurar o valor dos bens, a Administração Pública, por meio de seus técnicos, deverá avaliá-los. Caso o expropriado concorde com o preço oferecido, esse poderá até mesmo não corresponder exatamente à uma indenização justa. Contudo, não concordando o expropriado com o preço oferecido, por entender que ele não corresponde aos termos da indenização prevista na Constituição, e não havendo acordo, caberá ao expropriante ajuizar a competente ação de desapropriação, devendo o valor da indenização ser fixado pelo Poder Judiciário, por meio de sentença, proferida pelo juiz na audiência de instrução e julgamento ou, quando não se sentir habilitado a decidir, no prazo de dez dias (cf. art. 24 do Decreto-lei n. 3.365/1941).

#### **a) Valor da indenização e princípio da unicidade**

Nos termos previstos no art. 26 do Decreto-lei n. 3.365/1941<sup>715</sup>, o valor da indenização será contemporâneo ao da avaliação, nele não se incluindo os direitos de terceiros contra o expropriado. O referido artigo firma dois princípios atinentes à indenização: que o seu valor é fixado tendo em vista as condições do bem na data da avaliação feita pelo perito judicial; e que a indenização consiste em soma única, ainda que haja mais de um interessado no seu recebimento<sup>716</sup>.

---

<sup>714</sup> STJ, 1ª T., REsp 443414/CE, v. u., rel. Min. Luiz Fux, DJ 20-9-2004, p. 186.

<sup>715</sup> Com a redação dada pela Lei n. 2.786/1956.

<sup>716</sup> Nesse sentido, Seabra Fagundes, op. cit., p. 325.



Ao comentar o mencionado dispositivo, esclarece Cretella Júnior<sup>717</sup> que, para o cálculo da indenização, é necessário fixar um momento, uma época, um estágio do procedimento expropriatório. Com o advento da Lei n. 2.786/1956, passou esse momento a ser contemporâneo à avaliação, já que antes ele coincidia com a declaração de utilidade pública (redação original do Decreto-lei n. 3.365/1941).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que "Não é inconstitucional o art. 26 do Decreto-lei n. 3.365, de 1941 (Lei das desapropriações), ao dispor que o preço do imóvel expropriado deve ser contemporâneo ao do decreto de desapropriação"<sup>718</sup>. "Na desapropriação, o valor da indenização deve ser contemporâneo da avaliação"<sup>719</sup>. "Na desapropriação, seja ela direta ou indireta, o *quantum* da indenização deve corresponder ao valor do bem à época da avaliação"<sup>720</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu no sentido de que: "Deve ser assegurado ao proprietário o direito de promover vistoria *ad*

---

<sup>717</sup> Op. cit., p. 247-248.

<sup>718</sup> STF, Tribunal Pleno, RE-segundo 12775/MG, m. v., rel. Min. Nelson Hungria, DJ 24-1-1952, s/p.

<sup>719</sup> STF, 1ª T., RE 82.909/SP, v. u., rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 12-12-1975, p. 9368.

<sup>720</sup> STF, 1ª T., RE 89497-7/SP, rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 22-9-1978, s/p. Nesse sentido: "Desapropriação direta por utilidade pública. Justa indenização, pelo valor contemporâneo ao da avaliação. Valorização decorrente de obras realizadas pelo expropriante", TJMG, proc. 1.0188.99.003561-3/001(1), rel. Brandão Teixeira, DJ 13-5-2005, s/p. Também já se decidiu que: "O valor da indenização deve ser considerado ao tempo de avaliação e não da data da declaração de utilidade pública", TJDF, 1ª T. Cível, RN 12/DF, rel. Antônio Honório Pires, DJU 23-4-1979, p. 3190; o "valor do imóvel desapropriado, apurado por meio do perito oficial, deve ser utilizado como a base do valor da indenização, sendo inviável empregar valores contemporâneos à estimativa da administração", cf. TJRS, 3ª Câmara Cível, AC 70000260562, rel. des. Araken de Assis, j. 26-6-2003. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php)>. Acesso em 20-10-2005; que, o "justo preço se subsume, ontologicamente, na indenização sucedânea da propriedade, devendo ser, nesse diapasão, o que mais se ajuste ao preço praticado ao tempo da desapropriação", cf. TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1997.36.00.005380-1/MT, m. v., rel. des. Carlos Olavo, DJ 1-8-2003, p. 27; nas "ações de desapropriação, a indenização deve ser justa, baseada no valor do imóvel antes da realização do objeto da desapropriação", cf. TJMG, proc. 1.0701.01.011427-3/001(1), rel. Nilson Reis, DJ 9-6-2006, s/p; no "valor da indenização apurado por exame pericial criterioso, não se incluem despesas com projetos de edificação, contemporâneo à declaração de utilidade pública, e se exclui o valor de despesas com a demolição de casa antiga, em desuso, demolida cinco anos antes do ato expropriatório", TJPR, 6ª Câmara Cível, AC e reexame necessário 72667-4, v. u., rel. Newton Luz, DJ 11-10-1999, s/p. Existe, ainda, decisão no sentido de que a indenização, nas ações expropriatórias deve ser justa, ou seja, correspondente ao valor real do imóvel no momento de sua entrega efetiva ao poder expropriante, TJSP, 5ª C, AC 66.166, rel. des. Ferraz de Sampaio. *Apud* Barcellos de Magalhães, op. cit., p. 177.

*perpetuam rei memoriam* em imóvel de sua propriedade, objeto de decreto de declaração de utilidade pública, para que fique comprovado o seu estado e o material empregado na construção, para efeito de discussão futura, quando da desapropriação, da justa indenização a ser paga<sup>721</sup>.

O Código das expropriações português estabeleceu que o montante da indenização é calculado considerando-se a data da declaração de utilidade pública, e é atualizado até a data da decisão final do processo de acordo com a evolução do índice de preços ao consumidor, salvo a habitação (art. 23º). No direito espanhol, nas avaliações dos bens ou direitos expropriáveis é considerado o valor que eles apresentavam quando do início do expediente do justo preço (art. 36, *caput*, Lei de 16-12-1954).

Na maioria das vezes, o direito de propriedade, com todos os poderes dele decorrentes (usar, gozar e dispor), estão concentrados em um só titular, ocorrendo o que se denomina propriedade plena. Nessa hipótese, a expropriação atingirá apenas o patrimônio do proprietário. Contudo, esses elementos podem ser desmembrados e conferidos a uma terceira pessoa, tal como ocorre, por exemplo, no usufruto. Também o bem pode ter sido dado em garantia a uma dívida, ficando sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação (cf. art. 1.419, Código Civil). Ou pode ter sido dado em locação, passando o locatário a ter a posse direta do bem. Nessas hipóteses, além do proprietário, também esses terceiros serão atingidos pela expropriação.

Terceiros, na linguagem técnica do processo expropriatório, são todos os titulares de direitos reais ou de direitos obrigacionais, com exclusão

---

<sup>721</sup> TJRJ, V Grupo de Câmaras Cíveis, EI 199700500162, m. v., rel. des. Sylvio Capanema, DJ 18-8-1998, s/p.

do proprietário, atingidos direta ou indiretamente pela expropriação em seu patrimônio<sup>722</sup>.

Assim, tanto o proprietário como os titulares de direitos reais sobre coisas alheias serão sujeitos da relação jurídica indenizatória, já que titulares de interesses patrimoniais que sofrerão os efeitos da desapropriação. Em regra, quando incide sobre o objeto expropriatório direito real de terceiros, por força da desapropriação eles se extinguem, e os bens são adjudicados ao beneficiário, completamente livres, pois trata-se de uma aquisição originária<sup>723</sup>.

Na Espanha, pelo que decorre da Lei de 16-12-1954, o bem expropriado se adquire livre de encargo. Não obstante, poderá ser conservado direito real incidente sobre o objeto expropriado, desde que compatível com os novos destinos a ele atribuídos e haja acordo entre o expropriante e o titular do direito (art. 8º).

No direito português, o legislador expropriatório também afastou-se da tese da dupla indenização, consagrando a doutrina da sub-rogação real da indenização única, razão pela qual o expropriante não tem de liquidar duas indenizações distintas, mas uma só indenização global, que será partilhada entre os titulares dos direitos inerentes aos bens imóveis expropriados. Os arrendamentos são considerados como encargos autônomos para efeito de indenização, sendo o seu valor acrescido ao valor do prédio expropriado<sup>724</sup>.

---

<sup>722</sup> Cf. Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 324.

<sup>723</sup> Nesse sentido Osvaldo Gomes, *op. cit.*, p. 74.

<sup>724</sup> Cf. Osvaldo Gomes, que afirma, ainda, que, em tais hipóteses, eles farão valer seus direitos pela via ordinária, por meio de ação direta, pedindo as perdas e danos sofridas. Contudo, mediante acordo, a indenização poderá ser atribuída a cada um dos interessados ou fixada globalmente. *Op. cit.*, p. 29 e 75. O Código de Expropriações português considera interessados, além do expropriado, os titulares de qualquer direito real ou ônus sobre o bem a expropriar e os arrendatários de prédios rústicos ou urbanos. Esses últimos só serão considerados interessados quando, nessa qualidade, prescindirem de realojamento equivalente (art. 9º).

Na Itália, a expropriação do direito de propriedade implica a extinção automática de todos os demais direitos, reais ou pessoais, que gravem o bem expropriado, salvo aqueles compatíveis com os fins para os quais a desapropriação é prevista. As ações reais e pessoais cabíveis sobre o bem expropriado não incidem sobre o procedimento expropriatório nem sobre os efeitos do decreto de desapropriação. Após a transcrição do decreto de desapropriação, todos os direitos relativos ao bem desapropriado tornam-se válidos unicamente sobre a indenização (art. 25, Decreto n. 327/2001, alterado pelo Dec.-lei n. 302/2002).

Na Alemanha, segundo informa Seabra Fagundes<sup>725</sup>, também se adota o princípio de sub-rogação, mas lá se admite indenização distinta quando, pela natureza peculiar de certos direitos sobre a coisa expropriada, não seja possível compensá-los por meio da indenização única.

Na Argentina, a Lei nacional de expropriação adotou o critério da unicidade. A respeito, previu-se no seu artigo 28 que nenhuma ação poderá impedir nem a expropriação nem seus efeitos. Considerar-se-ão transferidos da coisa para seu preço ou para a indenização os direitos do reclamante, ficando a coisa livre de todo gravame. O art. 27 estabelece que a ação resultante de qualquer prejuízo que se imponha a terceiros por contratos de locação ou outros que tiverem celebrado com o proprietário, será discutida em juízo separadamente.

Na fixação da indenização é preciso, portanto, levar em conta o princípio da unicidade, devendo o *quantum* ser constituído de soma única, mesmo que haja vários interessados em seu recebimento.

---

<sup>725</sup> Op. cit., p. 437.

Pontes de Miranda<sup>726</sup> observa que os direitos que a desapropriação atinge não são somente os do proprietário, mas, também, dos titulares de direitos reais limitados. Por isso entende que a indenização deve ser de todos os que sofrerem com a desapropriação. Para o autor os direitos de terceiros contra o expropriado, isto é, direitos que não recaiam sobre o bem, ou no direito desapropriando, não se incluem no valor da indenização. Quando se tratar de direitos que recaiam sobre o bem, como os direitos reais, seus valores devem ser incluídos no valor da indenização, razão pela qual se dá a sub-rogação. Complementa, afirmando que se o bem está gravado com direitos reais, a avaliação dele levá-los em conta.

O sistema de unicidade de indenização consiste em reunir em uma soma global o valor correspondente a todo e qualquer direito que antes da expropriação grave a coisa, a favor seja do proprietário, seja de outros sujeitos<sup>727</sup>. Daí decorre que os direitos reais de terceiros que recaírem sobre o preço total pago ao proprietário, será rateado proporcionalmente entre eles. Em oposição ao sistema adotado pelo legislador brasileiro, no sistema de indenizações múltiplas se fixa uma soma para cada direito parcial incidente sobre o bem em si mesmo ou sobre o seu uso<sup>728</sup>.

A adoção do princípio da unicidade ou da sub-rogação pelo Decreto-lei n. 3.365/1941 também decorre do seu art. 31, no qual ficou previsto que quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado ficam sub-

---

<sup>726</sup> *Tratado das ações: ações constitutivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, t. 4, p. 449 e 459-460.

<sup>727</sup> Cf. Roberto Lucifredi, *Le prestazioni obbligatorie e le prestazioni di cose*, p. 180. *Apud* Cretella Júnior, op. cit., p. 261. O princípio da unicidade determina que, embora sobre um imóvel possam concorrer, com o direito do proprietário, diversos de outros sujeitos, tais como o de usufruto, de uso, de servidão, de domínio direto, a indenização é sempre única e concerne inteiramente ao proprietário. Entende-se por indenização única a que corresponda não apenas ao dano sofrido pelo proprietário, mas também a uma compensação eventualmente devida por direitos concernentes a terceiros sobre o imóvel, cf. Zanobini, *Corso*, 3. ed., 1948, p. 194, e Lentini, *Istituzioni*, 1939, v. 1, p. 578. *Apud* J. Cretella Júnior, op. cit., p. 252.

<sup>728</sup> Cf. M. Seabra Fagundes, op. cit., p. 328-329.

rogados no preço<sup>729</sup>. Assim, por força da sub-rogação, no tocante ao direito à indenização, opera-se a substituição da natureza do direito real sobre bem de terceiro, pelo direito de receber o valor dele decorrente do preço da indenização total devida pelo órgão expropriante. Daí ter decidido o Superior Tribunal de Justiça que, reconhecido o direito de indenização, há de, por força de lei (art. 31 do DL 3.365, de 21-6-1941), ficarem sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado<sup>730</sup>.

A sub-rogação é operação jurídica que consiste na substituição de uma entidade real ou pessoal por outra, em uma dada relação jurídica; é a substituição de uma coisa (ou pessoa) por outra, na relação jurídico-processual. Classifica-se em convencional, legal, pessoal e real. A sub-rogação real, por exemplo, é a operação em virtude da qual um bem, adquirido em lugar de outro, passa a ocupar a posição jurídica do primeiro. O sub-rogado é investido na posição da pessoa, substituindo-se na relação jurídica<sup>731</sup>.

É de se considerar, todavia, que o princípio acolhido da sub-rogação no preço de quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado não ampara todos os direitos atingidos pela desapropriação. Ele não se aplica aos direitos obrigacionais, já que tais direitos não recaem sobre o bem, e a sub-rogação só tem lugar em favor dos direitos que sobre ele incidem. Entretanto, apesar do silêncio da lei expropriatória a respeito desses direitos obrigacionais e ante a impossibilidade de que eles sejam indenizados

---

<sup>729</sup> Trata-se de sub-rogação real, ou seja, substituição do preço pelos ônus e direitos que ficam em lugar daquele, com a transferência implícita, para o sub-rogado, de todos os direitos e ações do sub-rogante, cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 323.

<sup>730</sup> STJ, 1. T., REsp 220983/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, v.u., DJ 21-2-1005, p. 116.

<sup>731</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 323, 325-326. Também, José dos Santos Carvalho Filho explica que a sub-rogação é instituto que indica modificação da natureza do direito, ou seja, o direito de terceiro, no caso, fica substituído pelo direito pecuniário decorrente da indenização. Op. cit., p. 707.

simultaneamente com o direito do proprietário, dado o sistema de indenização única adotado, não se exclui o direito dos seus titulares à reparação<sup>732</sup>.

Afirma Seabra Fagundes<sup>733</sup> que o Decreto-lei n. 3.365/1941, em seu art. 26, quis vedar a inclusão dos direitos de terceiros como parcelas distintas na indenização, fazendo-se do titular principal do direito a única parte em juízo. Acrescenta que o Estado pode chamar a si todo e qualquer direito de propriedade, mas só se cogita da indenização ao dono propriamente dito, isto é, ao titular do direito dominical. Opina que o melhor sistema seria aquele que determinasse a fixação global da indenização, autorizando-se, após isso, as diversas deduções parciais; e que, se os terceiros fossem convocados a fazer valer os seus direitos na própria ação expropriatória, isto em nada desvirtuaria tal ação, pois que todos apareceriam como titulares de direitos concorrentes com o do proprietário sobre o bem, sem prejuízo deste, nem do expropriante.

Seabra Fagundes<sup>734</sup> também critica o sistema da sub-rogação acolhido pelo Decreto-lei n. 3.365/1941, por entender que, a rigor, só os direitos reais de garantia e alguns dentre os direitos reais sobre a coisa alheia comportam cômoda aplicação do preceito legal, porque excluem o secionamento indeterminado do valor pago entre dois ou mais beneficiários: ou porque o direito de cada um se exerce sob modalidade distinta<sup>735</sup>; ou porque os direitos de ambos se exercem sobre o preço, mas o credor exclui o do devedor até o valor do débito, de sorte a lhe caber a importância do seu crédito e ficar ao expropriado-devedor o restante. Mas que, nos casos de direitos reais sobre a

---

<sup>732</sup> Nesse sentido Seabra Fagundes, op. cit., p. 420-424.

<sup>733</sup> Idem, p. 421-423

<sup>734</sup> Op. cit., p. 424-425.

<sup>735</sup> Exemplo da hipótese mencionada é a enfiteuse.

coisa alheia em que se haja de repartir a indenização (citando como exemplo a enfiteuse), a disposição legal é insatisfatória<sup>736</sup>.

Sobre o sistema de indenização única, observa, ainda, Seabra Fagundes<sup>737</sup> que a Lei de Desapropriações apenas ressaltando, no interesse de terceiros, a sub-rogação no preço de quaisquer ônus ou direitos incidentes sobre a coisa, deixou ao desamparo as situações que não possam se fazer valer tão-só por essa providência. Apesar disso, e porque, amparados pelo texto constitucional assecuratório do direito de propriedade em sentido amplo, as situações patrimoniais, afetadas simultaneamente com a do dono da coisa, desde que não suscetíveis de reparação pelo sub-rogamento, hão de dar ensejo à indenização pelo expropriante. Observa, contudo, que a cobrança dessa indenização deverá ser feita por outra via, que não a ação expropriatória. O prejudicado utilizará a ação ordinária, devendo a indenização compreender também as perdas e danos, uma vez que a apropriação da coisa sem pagamento prévio se equipara a esbulho.

Já para Moraes Salles<sup>738</sup>, o sistema adotado pelo Dec.-lei 3.365/1941, da subrogação, no preço, de quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado, apresenta duas vantagens: a de favorecer a tramitação mais célere do procedimento expropriatório, que não se enleará em discussões relativas aos direitos de terceiros; e a de resguardar a situação de terceiros atingidos pela expropriação. Ressalva que os terceiros, cujos direitos não recaiam propriamente sobre o imóvel por se tratar de direitos de natureza pessoal ou obrigacional (p. ex., o inquilino), não se colocam sob a proteção do art. 31 do Dec.-lei 3.365/1941, mas que eles poderão socorrer-se das vias

---

<sup>736</sup> Op. cit., p. 424.

<sup>737</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 364.

<sup>738</sup> Op. cit., p. 627.



judiciais, por ação própria, para fazer valer seus direitos afetados pela desapropriação. Todavia, ao examinar os direitos de terceiros atingidos pela desapropriação, reconhece que, na prática, apresentam-se inúmeras dificuldades no que diz respeito ao estabelecimento da indenização dos prejuízos desses terceiros.

É certo que, quando o objeto da desapropriação consistir em bem sobre o qual recaia direito real de terceiro, os efeitos da desapropriação não atingirão apenas o titular do direito de propriedade, mas também esse terceiro, acarretando-lhe, em regra, prejuízo. Contudo o legislador não traçou qualquer parâmetro ou indicou elementos que devessem ser considerados na apuração ou avaliação dos direitos reais de terceiros atingidos pela desapropriação, o que tem gerado, em muitas situações práticas, dúvidas de quando e como fixá-los.

A desapropriação, em regra, extingue o direito de superfície, cabendo a indenização ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um (art. 1.376 CC). Nada foi disposto quanto aos elementos que devem ser considerados para a apuração desse valor.

É de se registrar que o Estatuto da Cidade, em seu art. 21, §3º, estabeleceu que o superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo. Quanto à desapropriação e à indenização devida ao superficiário, nada dispôs.

Para Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>739</sup>, o direito real de superfície pode ser extinto por desapropriação. Esta, por sua vez, pode direcionar-se, especificamente, às construções, ou ao terreno sobre o qual foram erigidas as construções, objeto da superfície. Em qualquer dos dois casos a indenização deverá levar em conta o valor das construções e do terreno, na medida em que cada titular ficar privado de seu direito, total ou parcialmente, ou seja, caberá ao Poder Público indenizar os dois titulares: o proprietário e o superficiário, cada um na proporção da restrição imposta a seus direitos. Para Moraes Salles<sup>740</sup> caberá ao superficiário indenização pelas construções ou plantações atingidas pela expropriação, competindo ao proprietário indenização pelo terreno desapropriado.

Oswaldo Gomes<sup>741</sup>, considerando o direito português, diz que a superfície, em qualquer de suas modalidades, é um direito inerente a coisas imóveis e, conseqüentemente, pode constituir objeto de expropriação. Ele se extingue pela expropriação por utilidade pública, cabendo a cada um dos titulares a parte da indenização que corresponder ao valor do respectivo direito (cf. art. 1480º do Código Civil Português).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em 1996, entendeu que: "Processual. Desapropriação. Construção levantada em prédio alheio. Indenização. Sub-rogação (DL 3.365/1941, art. 31). Legitimidade passiva do expropriante. É lícito a quem construiu em prédio alheio desapropriado, propor ação contra o expropriante, para ver sub-rogado na indenização, seu direito ao ressarcimento (C.C., art. 547)<sup>742</sup>.

---

<sup>739</sup> Op. cit., p. 702.

<sup>740</sup> Op. cit., p. 663.

<sup>741</sup> Op. cit., p. 63.

<sup>742</sup> STJ, 1ª T., REsp 92775/SP, v. u., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 25-11-1996, p. 46153.

Sobre a questão, entendemos que ambos, tanto o proprietário, como o superficiário, têm direito a uma indenização justa, cabendo a cada um perceber o correspondente ao impacto sofrido pela expropriação. Fazem jus a uma recomposição plena, na proporção imposta a seus direitos. Inviabilizado totalmente o exercício do direito de superfície, em face da desapropriação, caberá também ao superficiário, além da indenização pelas construções ou plantações, o direito de ter computado no seu preço os juros compensatórios e moratórios e a correção monetária, quando devidos, da mesma forma que o titular da propriedade, sub-rogando-se no preço pago pelo expropriante.

Por outro lado, entendemos que a adoção do princípio da unicidade, não impede ou inviabiliza a apuração do valor devido a cada um deles - proprietário e superficiário -, no próprio processo expropriatório, quando da realização da perícia judicial. Mesmo que o valor da indenização seja expresso em soma global, os valores correspondentes ao direito real de superfície e ao direito do titular da propriedade podem ser identificados e destacados no laudo pericial. Para o poder expropriante, isso em nada alteraria sua situação, já que o depósito que deverá proceder é do preço total, não lhe restando, em regra, qualquer interesse quanto à sua posterior divisão. Para o proprietário e superficiário traria a segurança da certeza do preço referente a seus direitos sobre o valor total depositado. Somente se justificaria a sua apuração por meio de ação direta, se surgisse, no caso concreto, questão de alta indagação.

Quanto às servidões, o Código Civil não arrolou a desapropriação como sendo causa de sua extinção. Todavia, dispôs, no seu art. 1.387, que, salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez registrada, só se extingue com respeito a terceiros, quando cancelada. Decorre, pois, do disposto

que a desapropriação extingue a servidão, independentemente do cancelamento de seu registro, até porque se trata de um modo aquisitivo originário da propriedade.

Defende Mário Roberto N. Velloso<sup>743</sup> que para a extinção da servidão basta a só edição do decreto de desapropriação, e, mesmo que transcrita no Cartório de Registro de Imóveis, independe de cancelamento para tanto.

Entendemos, contudo, que, em sendo desapropriado o prédio serviente, a extinção da servidão deverá ocorrer, em regra, no mesmo momento em que for extinto o direito de propriedade, ou seja, com o pagamento da indenização. Todavia, caso seja deferido pedido liminar de imissão provisória na posse e se mostre a servidão incompatível com o exercício da posse direta do bem por parte do poder expropriante, a servidão deverá ser extinta. Se for desapropriado o prédio dominante, e não for mais necessária a manutenção da servidão, ela será extinta no momento em que o poder expropriante for imitado na posse do imóvel, quer provisoriamente, por força de liminar, quer definitivamente, após o pagamento do preço. Em ambas as hipóteses, para a extinção da servidão, não se faz necessário o cancelamento do registro imobiliário.

Ao que parece, Paulo Nader<sup>744</sup> também comunga a mesma opinião, já que, apesar de afirmar que o ato de desapropriação provoca a extinção da servidão, quer em relação às partes que a constituíram, quer quanto a terceiros, conclui que, quando a Administração Pública adquire a propriedade de um prédio, mediante ato de desapropriação, depositando previamente o justo valor do imóvel, opera-se a extinção da servidão, ainda em relação a terceiros,

---

<sup>743</sup> Op. cit., p. 105.

<sup>744</sup> Op. cit., p. 409-410.

independentemente da formalidade de cancelamento do ônus no Cartório do Registro de Imóveis.

Para Cretella Júnior<sup>745</sup>, se o destino dado ao bem for compatível com a existência da servidão, ela subsistirá, a despeito da desapropriação. Se o destino do bem for incompatível com a existência da servidão, esta desaparecerá. Subsistindo a servidão, o seu titular não terá direito à indenização expropriatória referente ao prédio serviente, razão pela qual não há de se falar em sub-rogação.

Ressalta Moraes Salles<sup>746</sup> que, quando a desapropriação do imóvel dominante se verificar para o fim de ser aplicado em uso especial de entidade de direito público (art. 99 III CC), ao invés de ser afetada pela expropriação, a servidão será mantida, continuando o proprietário do imóvel serviente a suportá-la em favor do Poder Público.

Moraes Salles<sup>747</sup>, analisa, ainda, algumas situações originadas de desapropriação que incida sobre imóveis servientes, para demonstrar a insuficiência do critério estabelecido pelo legislador no art. 31 da Lei de Desapropriações. A primeira delas se dá quando, estando instituída servidão de passagem sobre determinado imóvel, a desapropriação venha acolhê-lo em sua integralidade, de modo que a nova via pública aberta passe a margear o prédio dominante. Nesse caso, entende que o proprietário do prédio dominante não

---

<sup>745</sup> Ele exemplifica que se extinguem as servidões de passagem, se a desapropriação ocorrer para transformar o prédio serviente em bem de uso comum do povo, mas poderão persistir as servidões se o prédio serviente passar para a categoria de bem de uso especial, ou de bem dominical, e não ocorrer choque entre o destino que o Estado dá ao imóvel e o antigo destino privado. Op. cit., p. 332.

<sup>746</sup> Op. cit., p. 643. Também para Cretella Júnior, extinguem-se as servidões de passagem, se a desapropriação ocorrer para transformar o prédio serviente em bem de uso comum do povo, mas poderão persistir as servidões se o prédio serviente passar para a categoria de bem de uso especial, ou de bem dominical, e não ocorrer choque entre o destino que o Estado dá ao imóvel e o antigo destino privado. Op. cit., p. 332.

<sup>747</sup> Op. cit., p. 641-642.

poderá alegar qualquer prejuízo em decorrência da expropriação, porque, embora suprimida a servidão, passou ele a ter acesso direto à via pública. Quando a desapropriação incidir sobre a totalidade do imóvel dominante para a construção de via pública, desaparecem as razões pelas quais foram instituídas a servidão de passagem e a própria servidão, não cabendo, portanto, ao proprietário do imóvel dominante qualquer ressarcimento pela sua extinção. Analisa, ainda, a hipótese de a desapropriação incidir parcialmente sobre o prédio serviente, atingindo exatamente a parte em que se situava servidão de aqueduto. Defende que o proprietário do prédio dominante terá direito ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes da demolição do aqueduto, bem como dos gastos com a construção do novo, ressarcimento que deverá ser feito pelo expropriante. Contudo, entende que o prejudicado deverá valer-se de outra via judicial, que não a da ação expropriatória, para receber a indenização que lhe seja devida, pois a paga ao dono do prédio serviente não poderá ser onerada com o ressarcimento de prejuízos decorrentes não de ato seu mas do expropriante. Conclui que caberá ao juiz, atento às circunstâncias de cada caso, fixar a indenização dos direitos de terceiros, proprietários de imóveis dominantes, de modo que os prejuízos decorrentes da desapropriação sejam inteiramente ressarcidos.

Para Mário Roberto N. Velloso<sup>748</sup>, se o interesse do expropriante for desapropriar apenas o prédio dominante, deverá antes incluir na desapropriação uma faixa do terreno serviente, ou até de outro terreno que viabilize o benefício auferido com a servidão (p. ex., a passagem). Se o interesse for desapropriar o prédio serviente, o dominante, em face da extinção da servidão que o beneficiava, não poderá remover a servidão. Isto porque, se toda a área é do Poder Público, sobre ela não poderá haver servidão. Se por ventura o

---

<sup>748</sup> Op. cit., p. 105.

dominante não tiver meios práticos de obter outra servidão, ficando o seu prédio encravado, nesse caso, autoriza-se a passagem forçada, que não é mais servidão, mas sim direito de vizinhança, cujo exercício independe da vontade do vizinho, mesmo sendo ele integrante do Poder Público.

Quanto à indenização decorrente da extinção da servidão, entende Mário Roberto N. Velloso<sup>749</sup> que, para o prédio serviente, não advém qualquer prejuízo, razão pela qual com sua extinção não se há de falar em indenização. Quanto ao prédio dominante, se seu titular detinha certos poderes em relação ao prédio serviente, assumindo o Poder Público a titularidade desse prédio que o servia, desaparece seu direito. Portanto, não é sempre que a indenização tem cabimento. Como princípio, se o dominante tem condições de obter de outro vizinho o benefício que gozava, descabe a indenização. Porém, caso a remoção da servidão se mostre inviável na prática, e seja demonstrado prejuízo, cabe a composição, na medida da perda sofrida pelo dominante.

A solução apresentada por Osvaldo Gomes<sup>750</sup>, considerando o direito português, é no sentido de que: quando for expropriado o prédio dominante, não há extinção da servidão, dada a sua inseparabilidade dos prédios a que pertence, ativa ou passivamente, devendo sua existência ser valorada para efeitos indenizatórios; quando a expropriação tiver por objeto o prédio serviente, a servidão extingue-se, pois a expropriação constitui uma forma de aquisição originária, sendo a propriedade e a posse dos prédios adjudicados ao beneficiário da expropriação e entregues livres de ônus ou encargos; quando a expropriação abranger os prédios dominante e serviente, a servidão também se extingue por força do ato expropriatório (e não pela reunião dos dois prédios no domínio do beneficiário da expropriação).

---

<sup>749</sup> Op. cit., p. 106.

<sup>750</sup> Op. cit., p. 64.

A lei expropriatória se omitiu em regular as várias implicações que decorrem da desapropriação da servidão, cabendo ao juiz a tarefa de, caso a caso, decidir se ela deverá ser extinta ou não, se será devida ou não indenização e, em sendo, quais os critérios que deverão ser considerados para se estabelecer seu preço.

Considerando os ensinamentos doutrinários expostos, concluímos, *de lege ferenda*, que, se a desapropriação tiver por objeto o prédio dominante, em regra a servidão não se extinguirá, dado ser ela inerente ao prédio a que pertence. Sem dúvida que a servidão aumenta as utilidades do prédio dominante, facilitando seu gozo, por isso deve ser indenizada, devendo seu valor ser apurado e computado no preço total da indenização. Caso, contudo, não seja possível o exercício da servidão pelo Poder Público, sem que isso onere por demais o imóvel serviente, de forma a romper-se o equilíbrio existente na época em que ela foi assumida, a servidão deverá ser extinta. Tal circunstância não impede, todavia, que o Poder Público, tendo interesse, ajuste com o proprietário do prédio serviente novos termos para a servidão. Não sendo possível seu exercício nos moldes originais, ou não havendo interesse por parte do poder expropriante na sua manutenção, cabe ao titular do prédio dominante o ressarcimento pelas despesas indispensáveis ao exercício da própria servidão, como, por exemplo, os gastos suportados pelo dono do prédio dominante na instalação do sistema de canalização de águas (aquedutos). Esses gastos deverão ser incluídos na indenização a ser paga pelo poder expropriante.

Quando a desapropriação tiver por objeto o prédio serviente, em regra a servidão será extinta, já que o Poder Público não pode ser compelido a suportar o comportamento do particular que prejudique o interesse público, e, também, porque a desapropriação é forma de aquisição originária, sendo a



propriedade e a posse dos prédios adjudicados ao poder expropriante entregues livres de ônus ou encargos. Isso não impede, todavia, que o Poder Público, ajuste, se compatível com a destinação a ser dada ao prédio serviente, uma nova servidão com o titular do prédio dominante. A extinção da servidão para o prédio dominante significa, portanto, a cessação de certos poderes de gozo sobre o prédio serviente, o que, em tese, pode gerar prejuízos ao titular do prédio dominante. Esses prejuízos decorrentes da desapropriação (p. ex., despesas para remoção da servidão e instalação em outro imóvel; eventual depreciação do valor do prédio dominante), desde que comprovados, deverão ser ressarcidos. Todavia, na atual sistemática, ao que parece, esses valores deverão ser pleiteados e apurados em ação direta.

Por outro lado, não é sempre que a extinção da servidão em decorrência da desapropriação do prédio serviente irá gerar prejuízos ao prédio dominante. Cessando a utilidade ou comodidade para o prédio dominante, extingue-se, também, a servidão (art. 1.388 II CC). Nesse caso, por exemplo, supondo uma servidão de passagem instituída em favor do prédio dominante, ocorrendo a desapropriação do prédio serviente para abertura de uma nova via pública, da qual se servirá também o prédio dominante, talvez até com maior facilidade e segurança, cessa, então, a razão de ser da servidão, hipótese em que, não se evidencia nenhum prejuízo a ser suportado pelo titular do prédio dominante. Não ocorrendo prejuízo, não há de se falar em indenização. Finalmente, é de se acrescentar que a extinção da servidão para o prédio serviente não gera qualquer prejuízo, já que, em princípio, é sua existência que traz a ele uma certa desvalorização ou limitação. Portanto, não ocorrendo prejuízo, não há de se falar em indenizar o titular do prédio serviente pela extinção da servidão.

Em relação ao usufruto, o Código Civil vigente, em seu art. 1.409, estabelece que também fica sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, a indenização paga, se ele for desapropriado.

Para Orlando Gomes<sup>751</sup>, a desapropriação é antes modificação qualitativa do usufruto do que propriamente causa de extinção, já que a indenização paga fica sub-rogada no ônus do usufruto. O que se extingue, portanto, é o usufruto da coisa desapropriada, mas o direito persiste por força da sub-rogação determinada em lei.

Seabra Fagundes<sup>752</sup>, fundamentando-se no disposto no art. 749 do Código Civil de 1916, diz que, no usufruto, os interessados (nu-proprietário e usufrutuário) exercem os seus direitos sobre uma só indenização, caso em que o nu-proprietário é dono da quantia e o usufrutuário percebe os rendimentos.

Eurico Sodré<sup>753</sup> defende que a avaliação das propriedades sujeitas a usufruto seja feita como se tal ônus não existisse, e sobre a quantia fixada o usufrutuário e o nu-proprietário exercerão seus direitos.

Cretella Júnior<sup>754</sup> entende que, em caso de desapropriação, o nu-proprietário e o usufrutuário exercem um direito sobre a indenização global, porque assim dispõe o Código Civil (art. 749 do CC de 1916), em consonância com o que preceitua a Lei Geral das Desapropriações. Todavia acrescenta que, se no valor da indenização, no caso de imóvel gravado por usufruto, não se

---

<sup>751</sup> Op. cit., p. 306.

<sup>752</sup> O art. 749 do Código Civil de 1916 dispunha que "No caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, de prédios sujeitos à constituição de renda, aplicar-se-á em constituir outra, o preço do imóvel obrigado", op. cit., p. 430 e 424.

<sup>753</sup> Op. cit., p. 162.

<sup>754</sup> Op. cit., p. 326.

incluir o direito real do usufrutuário, não ocorre a sub-rogação no total da quantia. Postergou-se o direito real. A desapropriação abrangeu apenas uma parte do *quantum* indenizatório; é, pois, necessário ajuizar outra ação expropriatória. Se um usufrutuário deixou de ser parte no processo de desapropriação e se lhe computam seus direitos no *quantum* indenizatório, a sentença, em relação a ele, é ineficaz, porque a sub-rogação só se efetiva entre as partes.

Mário Muller Romitti<sup>755</sup>, ao comentar o art. 1.409 do Código Civil, afirma que, desapropriado o bem, o valor da indenização o substitui. A perda é relativa à natureza, não ao valor. Nessa hipótese, também se sub-roga ao usufrutuário o direito anterior, mas na medida em que passa a ter direito a colher os frutos civis do capital, quais sejam os juros. Se a expropriação houver sido parcial, manter-se-á o usufruto quanto ao restante e sobre a indenização. Sendo a expropriação apenas da nu-propriedade, será indenizada apenas esta ao proprietário.

Considerando que o usufruto não se extingue pela desapropriação, apenas altera o objeto de incidência, passando do bem desapropriado para o valor da indenização, diz José dos Santos Carvalho Filho<sup>756</sup> ser a melhor solução aquela oriunda de ajuste, se possível, entre o proprietário e o usufrutuário, em que o primeiro destinasse ao segundo parte da indenização como compensação pela desapropriação do bem sobre o qual incidia o direito real.

---

<sup>755</sup> *Comentários ao código civil brasileiro: do direito das coisas*. Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31-32.

<sup>756</sup> *Op. cit.*, p. 708.

Moraes Salles<sup>757</sup> reconhece que a situação do usufrutuário e do nu-proprietário seria mais bem atendida se a lei houvesse previsto o emprego da indenização, decorrente da expropriação, na aquisição de outro bem, semelhante ao expropriado e do mesmo valor, para o qual seriam transferidos os direitos de usufruto afetados pela desapropriação. *De lege ferenda*, entende que essa será a solução mais consentânea com os interesses em jogo em tais situações. Apesar do silêncio da lei, diz que nada impede uma composição amigável entre nu-proprietário e usufrutuário, objetivando a aquisição de novo bem, sobre o qual incidirão os direitos do usufruto atingido pela desapropriação. Somente na impossibilidade dessa composição é que se recorrerá à tutela jurisdicional para o deslinde de divergências entre nu-proprietário e usufrutuário, por meio das vias processuais competentes.

O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos, conforme previsto no art. 1.394 do Código Civil. Daí que, ocorrendo a desapropriação do bem objeto de usufruto, ao se fixar à indenização devem ser considerados todos esses elementos. Por isso, ao que parece, o entendimento no sentido de que o usufrutuário, ao sub-rogar seu direito no preço total da indenização, faz jus, apenas, ao recebimento dos frutos civis do capital, pode não garantir o ressarcimento integral dos danos suportados pelo usufrutuário, decorrentes da desapropriação. Melhor seria que a lei expropriatória tivesse previsto o emprego do *quantum* indenizatório na aquisição de outro bem semelhante, que proporcionasse aos interessados a mesma situação havida no usufruto anterior. Não o fazendo a lei, caberá ao juiz, se não houver acordo entre o nu-proprietário e o usufrutuário, resolver a questão de molde a melhor atender os interesses dos litigantes. Todavia, em decorrência da previsão tão-somente da sub-rogação dos direitos do usufrutuário no preço total da

---

<sup>757</sup> Op. cit., p. 650

indenização, certo é que caberá ao nu-proprietário receber o valor correspondente ao seu direito de propriedade, abatido ou excluído o *quantum* correspondente ao direito do usufrutuário.

A jurisprudência sobre a questão não é uniforme. Já se decidiu que: "A indenização por desapropriação fica sub-rogada no ônus real que incida sobre a propriedade expropriada, não cabendo à usufrutuária indenização em separado, ou percepção de pensionamento, pela perda de seu direito. Art. 1.409 do Código Civil/2002 (art. 738 do CCB de 1916)"<sup>758</sup>; "Desapropriação - Parcial - Indenização - Imóvel doado com reserva de usufruto - Verba depositada em nome dos nu-proprietários - Hipótese em que a indenização subroga-se no ônus do usufruto - Possibilidade de os usufrutuários levantarem os juros produzidos pelo capital - pretendido reconhecimento, todavia, de que nu-proprietários e usufrutuários estão concordes no levantamento do montante. Matéria, contudo, que não há de ser resolvida no processo expropriatório. Sentença mantida nessa parte"<sup>759</sup>; "Indenização - Desapropriação - Levantamento de juros e correção monetária relativos à indenização por usufrutuária - Hipótese de sub-rogação do vínculo de usufruto do imóvel expropriado para o valor da indenização - Inadmissibilidade - Impossibilidade do levantamento da correção monetária que, como fator de atualização da moeda, é parte integrante da indenização - Usufrutuária que faz jus apenas aos juros - Recurso provido"<sup>760</sup>; "Administrativo. Desapropriação Indireta. Domínio. Titularidade. Usufruto. Representação da usufrutuária. Título de propriedade representado por certidão do Registro de Imóveis, que se reveste de validade não contestada. A detentora de usufruto vitalício possui somente o

---

<sup>758</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1999.38.00.03082-0/MG, v. um., rel. juiz Guilherme Doehler, DJ 7-7-2005, p. 20.

<sup>759</sup> TJSP, rel. Carlos Ortiz, AC 170.398-2/SP, j. 25-6-1991. Disponível em <<http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia>>. Acesso em 20-10-2005.

<sup>760</sup> TJSP, rel. Franciulli Netto, AI 189.406-2/SP, j. 12-5-1992. Disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia>. Acesso em 20-10-2005.

uso e gozo do imóvel, ao passo que aos nu-proprietários é conferido o seu domínio, a outorgar-lhes legitimidade para o ajuizamento da ação respectiva. Expropriado o imóvel, o usufruto - direito real que recai sobre a coisa - possui conteúdo econômico, podendo a usufrutuária, que perdeu o direito de gozo, postular a devida indenização, paralelamente aos titulares do domínio. Não envolvendo o valor da indenização o usufruto, desnecessária a presença da usufrutuária no feito"<sup>761</sup>.

A doutrina vem entendendo que, nos casos de uso e de habitação, naquilo que não for contrário a suas respectivas naturezas, devem ser aplicadas as disposições relativas ao usufruto. Decorre, pois, que, ocorrendo desapropriação de bem sobre o qual se tenha constituído uso, aplica-se a regra contida no art. 31 do Decreto-lei n. 3.365/1941<sup>762</sup>, persistindo, entretanto, as dúvidas ante a omissão legislativa.

Quanto à habitação, Antônio Carlos Costa e Silva<sup>763</sup> entende que não será possível sub-rogar no produto da indenização o direito de habitação, porquanto neste, segundo sua natureza, o habitador aufere uma única utilidade entre as inúmeras que o bem possa produzir: a de habitação. Daí concluir que a desapropriação importará em extinção da habitação, pela cessação da causa de que se origina.

Posição contrária é defendida por Moraes Salles<sup>764</sup>, que, definindo a habitação como direito real incidente sobre coisa determinada, entende que deve ser aplicada, inequivocamente, aos bens, objeto de habitação, a regra contida no art. 31 do Dec.-lei 3.365/1941. Propõe que melhor solução

---

<sup>761</sup> TRF-4ª Reg., AC 97.04.54541-0/PR, 4ª T., rel. Antônio Albino Ramos de Oliveira, DJU 5-1-2000, p. 9.

<sup>762</sup> Nesse sentido José Cretella Júnior, op. cit., p. 326 e Moraes Salles, op. cit., p. 651.

<sup>763</sup> *Apud* Moraes Salles, op. cit., p. 653.

<sup>764</sup> Op. cit., p. 653-654.

seria a de prever a lei a aplicação do *quantum* indenizatório na aquisição de outro imóvel semelhante ao desapropriado e do mesmo valor, a fim de que, neste, pudessem ser sub-rogados os direitos do habitador.

Concordamos que melhor seria aplicar à habitação a mesma solução apresentada em relação ao usufruto, ou seja, a aplicação do preço da indenização na aquisição de bem semelhante ao expropriado, nele sendo sub-rogados os direitos do habitador. Entretanto essa sugestão é *de lege ferenda*.

O Código Civil português, nos arts. 1.480, 1.485 e 1.490, prevê que os direitos de usufruto, uso e habitação se extinguem pela expropriação da coisa ou do direito, passando os direitos dos seus titulares a incidir sobre as respectivas indenizações.

Questão interessante surge em relação ao direito do promitente comprador do imóvel. Para efeito de caracterização do seu direito real não se exige a quitação do preço, todavia, para que possa ser oponível em relação a terceiros, faz-se necessário o registro do título no Cartório Imobiliário. Por isso, sem sombra de dúvida, estando o compromisso devidamente registrado, o promitente comprador tem direito a se sub-rogar no preço da indenização<sup>765</sup>.

---

<sup>765</sup> Nesse sentido: "Desapropriação. Compromisso de compra e venda. Pagamento do preço e contrato averbado. Direito ao levantamento da indenização, uma vez que a compromitente-vendedora já recebeu o preço fixado no compromisso, antecipadamente", TJSP, 11ª Civil, AI n. 58.294-2, v. u., rel. Mariz de Oliveira, RJTJESP LEX 83, p. 186; "Apelação Cível. Desapropriação. Direito real sobre bem imóvel. Registro Público da promessa de compra e venda. Direito reconhecido ao promitente comprador para a indenização devida. Não comprovação do inadimplemento contratual com o respectivo cancelamento da promessa de compra e venda", TJRJ, 6ª CC, AC 1999.001.20848, rel. des. Luiz Zveiter, j. 25-4-2000, DJ 22-5-2000, s/p; "Desapropriação por interesse social. Desapropriado que já compromissara o imóvel a terceiros, transferindo-lhe a posse. Dúvidas sobre a validade do título do réu. Irrelevância. Questões a serem solucionadas na forma dos arts. 31 e 34 do Decreto-lei n. 3.365/41. Redução de 50% da indenização, por não estar o expropriado na posse do imóvel. Descabimento. 1. Tendo o réu, antes de ajuizada a ação de desapropriação, prometido por instrumento particular a venda a terceiro, transferindo-lhe a posse, ainda assim persiste seu direito à indenização, que decorre da perda do domínio, exercendo-se sobre o preço qualquer pretensão do promissário-comprador (art. 31 do DL 3.365, de 21-6-1941). 2. A dúvida sobre a validade do domínio do expropriado, por supostamente ter origem na outorga, pelo Estado

Efetuada integralmente o pagamento do preço aventado pelo promitente comprador, havendo resistência por parte do vendedor na outorga da escritura definitiva, aquele poderá valer-se da adjudicação compulsória para obter a necessária escritura definitiva. Com o pagamento inteiramente efetuado do preço ajustado no compromisso, caberá ao promitente comprador a indenização expropriatória, já que será ele quem suportará o gravame decorrente da perda do bem. Daí, entendermos ter o promitente comprador direito ao preço pago pelo órgão expropriante a título de indenização do bem, objeto do compromisso e que foi expropriado, sendo irrelevante se o preço por ele pago ao promitente vendedor foi maior ou menor do que aquele<sup>766</sup>.

Na hipótese de ser intentada a desapropriação e dela decorrendo algum pagamento, quando ainda não tiver sido integralmente quitado o preço ajustado no compromisso, o compromitente vendedor não pode levantar a quantia ofertada. Isso, porque ele só tem direito à adjudicação compulsória após o pagamento do valor total do preço combinado. Disso decorre que, não podendo ser proprietário, não tem direito a proceder a tal levantamento. Daí, que a melhor solução, até a efetivação do pagamento integral

---

do Paraná, de título de terras devolutas na faixa de fronteira, em alienação a *non domino*, resolve-se nos termos do art. 34 e parágrafo único do DL 3.365/41, permanecendo o preço depositado até ser solucionada a eventual pendência. 3. Não é cabível a redução em 50% do valor da indenização pelo fato de o expropriado não estar na posse do imóvel, solução só admissível quando o titular do domínio jamais teve a posse, hipótese aqui inócua, inexistindo conflito entre posse e domínio", TFR-4ª Reg., 4ª T., AC 97.04.54541-0/PR, rel. Antônio Albino Ramos de Oliveira, DJU 5-1-2000, p. 9. Por outro lado, tem-se entendido que "Compromisso de compra e venda. Imóvel desapropriado. Rescinde-se o pré-contrato por vício do consentimento. Erro substancial. Se o vendedor omitiu ao comprador a circunstância de estar o lote sujeito a desapropriação. Precedentes da casa: APCV ns. 10.937 e 9.308", TJDF, 2ª T. Cível, AC 1376585/DF, v. u., rel. Luiz Cláudio Abreu, DJU 20-11-1985, p. 21.112; "Promessa de compra e venda. Desapropriação do terreno. Controvérsia sobre a descrição. Ciência da construtora. Restituição de parcelas pagas. Indenização. Ao firmar compromisso de compra e venda e unidade residencial a ser edificada em terreno cujo interesse social já havia sido previamente declarado, para fins de desapropriação, ainda que existissem dúvidas quanto à descrição do imóvel, age com culpa a construtora que já tinha ciência da controvérsia, pela omissão dos fatos perante o promissário comprador. A indenização é devida, assim como a restituição das parcelas pagas", TJMG, AC 2.0000.00.333194-4/000(1), BH, rel. Maria Elza, DJ de 12-5-2001, s/p.

<sup>766</sup> Já se decidiu que a promitente compradora tem direito ao recebimento proporcional do *quantum* pago sobre o montante indenizado, TJRJ, 4ª. Câmara Cível, AC n. 1994.001.03829, rel. des. Fernando Whitaker, j. 14-3-1995, DJ 19-4-1995, s/p.



do preço, será manter a quantia depositada, em conta judicial, corrigida monetariamente<sup>767</sup>.

Surgem dúvidas, todavia, quando ocorre de o compromisso de compra e venda não ter sido registrado no Cartório Imobiliário. Registra Moraes Salles<sup>768</sup> que o assunto é polêmico, observando que, se o compromisso de compra e venda não estiver registrado, a solução não é pacífica, pois há, de um lado, os que entendem que inexistirá, nesse caso, direito real oponível contra terceiros e, de outro lado, os que consideram possível a participação no feito expropriatório e o levantamento da indenização, se o compromisso estiver inteiramente quitado. Opina pela mitigação da lei, desde que, embora não registrado, haja prova evidente da veracidade do compromisso e este esteja plenamente quitado.

Mário Roberto N. Velloso<sup>769</sup> entende que, sendo o compromisso de compra e venda um direito real, a rigor só assume tal caráter após sua regular inscrição no Cartório de Registro e Imóveis. Todavia, como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que mesmo sem o registro é de se admitir a adjudicação compulsória, por considerar que a obrigação de firmar o contrato definitivo de compra e venda encerra um direito pessoal entre as partes, tendo-se a obrigação de outorgar a escritura como pessoal, é de se admitir que o promissório comprador possa tornar-se proprietário, ou seja, que ele figure no Registro de Imóveis como tal, sem o prévio registro do compromisso. Argumenta que, quem pode o mais, que é tornar-se proprietário

---

<sup>767</sup> Em consonância, afirma Mário Roberto N. Velloso que, proposta a expropriatória ou sobrevindo algum pagamento em seu bojo, não estando o compromisso integralmente quitado, é de todo conveniente que o valor fique retido nos autos à disposição do juízo até seu termo. A razão é simples: enquanto não pago o preço, o promissório comprador não tem direito à adjudicação compulsória, portanto, se não pode tornar-se proprietário, seria temerário liberar-lhe a indenização. Op. cit., p. 116.

<sup>768</sup> Op. cit., p. 668.

<sup>769</sup> Op. cit., p. 115.

mesmo contra a vontade do vendedor, pode o menos, que no caso é receber a indenização advinda do processo expropriatório, concluindo pela desnecessidade do registro, seja do compromisso, seja de eventuais cessões, desde que se comprove a quitação dessas relações negociais.

Sobre o assunto, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça afirmando que a jurisprudência predominante na Corte é no sentido de que, ainda que adquirida a propriedade após o decreto expropriatório ou o respectivo apossamento administrativo, o novo adquirente faz jus à indenização, porquanto só com esta (indenização) se aperfeiçoa a transferência do domínio. O contrato de promessa (de venda) de cessão de direitos relativos a imóveis (não loteados) atribui ao promitente cessionário direito real oponível a terceiro; sendo o referido contrato considerado "imóvel" pela legislação vigente (art. 44, I, do Código Civil/1916), é passível de expropriação; o art. 34 do Dec.-lei n. 3.365/1941 exige a prova da propriedade para o levantamento do preço. Opondo embargos de terceiro fundados na posse, podem os compromissários-compradores, ainda que o compromisso de compra e venda seja desprovido de registro, proceder ao levantamento da indenização. Inteligência da Sum. 84/STJ<sup>770</sup>; se o proprietário do imóvel expropriado está em lugar incerto ou não sabido e foi citado por edital, o promitente comprador sem título registrado não tem direito ao levantamento do preço, ainda mais quando o curador especial se opõe ao deferimento dessa pretensão<sup>771</sup>.

Os demais tribunais do País vêm-se manifestando no sentido de ser possível ao promitente comprador receber o preço na desapropriação, independentemente do registro do compromisso de compra e venda, mas, para tanto, é necessário que comprove a concordância dos promitentes vendedores

---

<sup>770</sup> STJ, 1. T., REsp 157352/SP, rel. Min. Garcia Vieira, m.v., DJ 24-8-1998, p. 18.

<sup>771</sup> STJ, 2. T., REsp 136824/SP, rel. Min. Ari Pargendler, v. u., DJ 18-5-1998, p. 71.

anteriores, estabelecendo cadeia de transmissões até o titular do domínio, de maneira que, em última análise, faz-se necessária a juntada de certidão de domínio referente ao primeiro promitente vendedor<sup>772</sup>.

Existem também decisões no sentido de que o contrato de compra e venda não levado a registro não confere ao adquirente o direito real do imóvel negociado, visto que não se consumou sua tradição solene, não bastando o acordo de vontades para a transferência do domínio. O registro do título translativo é essencial para seu aperfeiçoamento. A agravante continua, pois, sendo a legítima proprietária do bem. A oponibilidade contra terceiros, efeito da publicidade dos registros públicos, somente se opera com a inscrição do imóvel em Cartório<sup>773</sup>.

É de se ressaltar que o Poder expropriante é terceiro em relação ao negócio acordado entre promitente-vendedor e promitente comprador, que, de regra, só terá ciência da existência da promessa de compra em virtude do registro imobiliário. Também o art. 1.417 do Código Civil estabelece que o promitente-comprador adquire direito real à aquisição do imóvel, mediante promessa de compra e venda registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Daí que, em regra, o promitente-vendedor, que não procedeu ao registro imobiliário do compromisso não poderá levantar o *quantum*

---

<sup>772</sup> TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, AI 115.117-5/São Bernardo do Campo, rel. Sidnei Beneti, v. u., j. 30-6-1999. E, ainda, "Indenização - Desapropriação - Levantamento do preço por compromissário-comprador - Contrato quitado, mas não registrado - Deferimento do pedido em incidente de execução na expropriatória - Admissibilidade, em face da evidência do direito dos adquirentes. Interpretação do princípio constitucional da 'justa indenização'", TJSP, 15ª Câmara Civil, AI n. 147.035-2/SP, rel. Roberto Stucchi, v. u., RJTJESP LEX 123, p. 263.; "Indenização - Desapropriação - Levantamento do preço por compromissário-comprador - Contrato quitado, mas não registrado - Deferimento do pedido em incidente de execução na expropriatória - Admissibilidade, em face da evidência do direito dos adquirentes - Interpretação do princípio constitucional da 'justa indenização' - Recurso não provido", JTJ 123/263.

<sup>773</sup> TJGO, 1ª Câmara Cível, AI 35324-0/180/Goiás, rel. des. Juraci Costa, v.u., DJGO 10-9-2004. No mesmo sentido, "Desapropriação - Compromisso de compra e venda - Decreto expropriatório incidente sobre imóvel compromissado - pretendida inclusão do promitente comprador como litisconsorte passivo - inadmissibilidade se o contrato não estiver regularmente inscrito no Registro Imobiliário, pois inexistente direito real punível contra terceiros", RT 761/437.

indenizatório. Todavia, quando, no caso concreto, comprovar o promitente-vendedor a existência, validade e o cumprimento (quitação) do compromisso de compra e venda, em não havendo legítima oposição do expropriante e do expropriado (promitente vendedor), entendemos possa o juiz, não obstante a previsão legal, autorizar o promitente-vendedor a proceder a tal levantamento, ainda que o compromisso não tenha sido registrado no Cartório Imobiliário competente.

Em relação aos direitos reais de garantia, penhor, hipoteca e anticrese, dispõe o Código Civil em seu art. 1.425 inc. V, que a dívida se considera vencida, se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor. Em seu art. 959, inc. II, complementa que conservam seus respectivos direitos os credores, hipotecários ou privilegiados, sobre o valor da indenização, se a coisa obrigada a hipoteca ou privilégio for desapropriada. No artigo seguinte, prevê que nos casos a que se refere o artigo antecedente, o devedor do seguro, ou da indenização, exonera-se pagando sem oposição dos credores hipotecários ou privilegiados (art. 960).

Havendo penhor ou hipoteca sobre o bem expropriado, o crédito garantido fica sub-rogado no valor da indenização, podendo tal crédito absorver a indenização totalmente ou parcialmente, conforme seu valor<sup>774</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, se o imóvel expropriado está gravado por hipoteca, a indenização, no todo ou em parte, não pode ser recebida pelo expropriado antes da quitação do crédito hipotecário,

---

<sup>774</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 327. Também Seabra Fagundes diz que o crédito garantido fica sub-rogado no preço, podendo absorvê-lo todo ou apenas parcialmente, conforme seu valor. Op. cit., p. 430.

preferência que deve ser respeitada<sup>775</sup>; se houver hipoteca sobre o bem expropriado, o crédito garantido fica sub-rogado no valor da indenização. No caso de desapropriação do imóvel hipotecado para fins de constituição de servidão, assiste ao credor hipotecário o direito de habilitar o seu crédito, devendo ser retido o depósito nos próprios autos da expropriatória<sup>776</sup>.

Também os demais Tribunais do País têm decidido que a desapropriação se sobrepõe a qualquer situação em torno da penhora, e o direito de hipoteca, por si só, habilita o credor a sub-rogar-se no recebimento da indenização do imóvel hipotecado<sup>777</sup>.

No caso de hipoteca, quando a desapropriação abranger um único imóvel, segue-se que, depositado o *quantum* da indenização fixada na sentença proferida no feito expropriatório, opera-se, automaticamente, a sub-rogação do direito do credor pignoratício, ou hipotecário, sobre aquele *quantum*, de modo que da indenização será retirada a quantia necessária ao pagamento destes últimos, uma vez que essa será a consequência do vencimento antecipado da dívida<sup>778</sup>. Se se tratar de hipoteca que recaia sobre outros bens, além do

---

<sup>775</sup> STJ, 2. T., REsp 37224/SP, rel. Min. Ari Pargendler, v.u., DJ 14-10-1996, p. 38979 e RDC 78/214.

<sup>776</sup> STJ, 2. T., REsp 37128/SP, rel. Antônio de Pádua Ribeiro, v.u., DJ 13-3-1995, p. 5274 e RTJE 146/181.

<sup>777</sup> TJRS, 20ª Câmara Cível, AC 70000397018, rel. Carlos Cini Marchionatti, j. 26-2-2003, DJ 31-3-2003, s/p. Nesse sentido: "Administrativo. Desapropriação. Credor hipotecário. Sub-rogação na indenização. 1. O credor hipotecário sub-roga-se no valor da indenização, se o bem hipotecado é desapropriado. 2. Correta a determinação para que o depósito se faça em nome do credor hipotecário", TRF-1ª Reg., 4ª T., AI 1998.01.00.000093-2/MT, rel. juíza Eliana Calmon, DJ 5-11-1998, p. 76; "Desapropriação. Crédito hipotecário. Sub-rogação no valor da indenização oferecida. Possibilidade. Inteligência do art. 31 do DL 3.365/41. Se o imóvel expropriado está gravado por hipoteca, a indenização - no todo ou em parte - não pode ser recebida pelo expropriado antes da quitação do crédito hipotecário", TJMG, proc. n. 1.0000.00.203022-9/001(1), rel. Abreu Leite, pub. 21-9-2001, DJ 21-9-2001, s/p.; "Desapropriação - Imóvel hipotecado - Subsistência da garantia que não impede a expropriação - Acordo entre expropriante e expropriado sobre o preço da indenização - Admissibilidade - Hipótese em que é possível a sub-rogação do credor hipotecário no preço da indenização, mas que, não sendo este parte no processo expropriatório, estará impossibilitado de impedir a extinção por transação", TJSP, AI 192.677-2, Santo André, rel. Torres de Carvalho, j. 2-4-1992. Disponível em <<http://portal.tj.sp.gov.br./wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia>>. Acessado em 20-10-2005.

<sup>778</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 658.

expropriado, a sub-rogação no preço se dá proporcionalmente ao valor do bem desapropriado em face do total da dívida<sup>779</sup>.

Comentando o § 2º do art. 762 do Código Civil de 1916, esclarece Clóvis Beviláqua<sup>780</sup> que do preço da indenização deposita-se a parte necessária para o integral pagamento do credor hipotecário. No caso de haver mais de uma coisa gravada pela garantia real, e se somente sobre uma delas adveio a desapropriação, subsistirá a dívida reduzida, com a respectiva garantia, sobre os demais bens não desapropriados.

A regra contida no § 2º do art. 1.425 do Código Civil é no sentido de que só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado, se a desapropriação recair sobre o bem dado em garantia, e esta não abranger outras; subsistindo, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados. Assim, por força da desapropriação, só ocorrerá o vencimento antecipado da hipoteca se o bem desapropriado for o único dado em garantia. Em sendo o preço indenizatório insuficiente para sua quitação, a parte restante continuará a ser garantida pelos demais bens gravados.

Aduz Aldemiro Rezende Dantas Júnior<sup>781</sup> que do valor pago pelo Poder Público, a título de indenização, deverá ser separada a parte necessária ao pagamento imediato do credor, mas essa antecipação do pagamento poderá ser evitada se o devedor oferecer outro bem e se for satisfatória essa nova garantia oferecida, lembrando que é do devedor a opção entre oferecer uma nova garantia ou permitir que o valor da indenização se destine ao pagamento imediato da dívida. Se houver outros bens, deverá ser

---

<sup>779</sup> Cf. Seabra Fagundes, op. cit., p. 431.

<sup>780</sup> *Código Civil Comentado*, op. cit., v. 3, p. 257.

<sup>781</sup> Op. cit., p. 131-132.

permitida ao devedor a substituição daquele que foi desapropriado ou considerar reduzida a dívida, vencendo-se desde logo parte dela. Acrescenta, todavia, que, quando os bens remanescentes forem suficientes para conferir ao credor a segurança quanto ao pagamento de seu crédito, não ocorre o vencimento antecipado, de nenhuma parte, da dívida.

Entendemos que, se requerido, deve ser oportunizado ao devedor expropriado oferecer outro bem, que, de forma satisfatória, garanta a dívida, caso em que não ocorrerá seu vencimento antecipado. Mas, não sendo oferecido outro bem, mesmo que os bens remanescentes sejam suficientes para garantir o crédito, a dívida vencerá, ainda que em parte. É que, nesse caso, deve-se abater do valor da dívida garantida o preço correspondente à indenização do bem expropriado; só o restante do débito será garantido pelos bens remanescentes, não podendo ser impingido ao credor aceitar a redução da garantia inicialmente a ele oferecida pelo devedor.

Relativamente à anticrese, o Código Civil, em seu art. 1.423, adotou critério diverso, dispondo que o credor anticrético tem direito de reter em seu poder o bem, enquanto a dívida não for paga; extingue-se esse direito decorridos quinze anos da data de sua constituição.

Quando a desapropriação incidir sobre bem dado em garantia anticrética, dar-se-á o vencimento antecipado da dívida, aplicando-se o art. 1.425, V, CC. Todavia, ocorrendo sua desapropriação, não se aplica o direito de retenção concedido ao credor anticrético pelo art. 1.423, CC, já que o Poder Público não está a ele sujeito.

Caso inexista credor preferencial, como, por exemplo, credor hipotecário, parece certo que o credor anticrético terá direito a sub-rogar o valor do seu crédito sobre o preço da indenização. Havendo credor preferencial, procedendo-se à sub-rogação e não consumindo o referido crédito inteiramente o preço depositado, o credor anticrético terá direito à sub-rogação prevista no art. 31 do Decreto-lei n. 3.365/1941. Por outro lado, havendo credor preferencial, cujo direito, sub-rogando-se no valor da indenização, absorva o preço depositado, estará afastada a sub-rogação do ônus anticrético, já que o credor anticrético não tem a mesma preferência deferida aos credores hipotecário e pignoratício<sup>782</sup>.

Acreditamos que, mesmo se adotando o princípio da sub-rogação, melhor seria que a perícia judicial, ao fixar o valor global da indenização, discriminasse, não só o valor devido ao proprietário, mas também os valores referentes aos titulares de direitos reais, já deixando certo o valor que teriam direito de se sub-rogar no preço total. Por sua vez, o juiz, ao estabelecer o *quantum* indenizatório, mesmo fixando seu valor global, levaria em consideração também os direitos reais de terceiros incidentes sobre o bem expropriado, garantindo assim, de forma mais efetiva, uma justa indenização.

## **b) Critérios para fixação da indenização**

O art. 27 do Decreto-lei n. 3.365/1941 estabeleceu que deve o juiz indicar na sentença os fatos que motivaram seu convencimento, devendo atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais, ao preço de aquisição, ao interesse que deles auferir o proprietário, à sua situação, estado de conservação e segurança, ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos

---

<sup>782</sup> Nesse sentido, também, Moraes Salles, op. cit., p. 659-660.



cinco anos, à valorização ou depreciação de área remanescente pertencente ao réu.

Nos termos do art. 23 da Lei de Desapropriações, não havendo concordância expressa quanto ao preço, o perito apresentará em cartório, até cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento, o laudo, no qual deverá indicar, entre outras circunstâncias atendíveis para a fixação da indenização, as enumeradas no art. 27. Caso necessário, poderá requisitar das autoridades públicas os esclarecimentos ou documentos que se tornarem necessários à elaboração do laudo (§ 1º, art. 23).

Perito é o agente da perícia, técnico especializado que exprime sua convicção a respeito do fato ou das circunstâncias com ele relacionadas<sup>783</sup>. Perícia é o meio de prova destinado a esclarecer o juiz sobre circunstâncias relativas aos fatos conflituosos, que envolvem conhecimentos técnicos ou científicos<sup>784</sup>. Na ação de desapropriação a perícia, ao propiciar esclarecimentos técnicos, assume importância relevante, já que auxiliará o juiz na fixação da justa indenização<sup>785</sup>.

---

<sup>783</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 230.

<sup>784</sup> Para Wambier, Correia de Almeida e Talamini, é até possível que o juiz, eventualmente, tenha o conhecimento técnico ou científico para esclarecer o ponto controvertido. Nem por isso, deverá afastar a hipótese de realização de perícia, que tem dupla função: serve para dirimir as dúvidas que o juiz tenha a respeito dos fatos, e para mostrar para as partes a realidade do acontecido. Mesmo se o juiz, por coincidência, tiver estudado o ramo da ciência necessário ao entendimento do ponto controvertido, deve ele deferir a perícia, porque sua realização servirá para esclarecer às partes a questão, transmitindo-lhes segurança a respeito da verdade dos fatos. *In Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*, 8. ed. rev., atual. e ampl, coordenação Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 441. É de se acrescentar que servirá, também, para esclarecer ao tribunal *ad quem*, nas hipóteses de recurso e reexame necessário (v. art. 28 e § 1º do Dec.-lei n. 3.365/1941), o ponto controvertido, que, no caso da desapropriação, versará a respeito da fixação precisa da justa indenização.

<sup>785</sup> Já se decidiu que a falta de contestação do preço não dispensa nomeação de perícia e as diligências convenientes à apuração do valor da coisa expropriada, já que constitui objetivo precípua do processo a fixação do valor da coisa expropriada. A lei que disciplina a espécie, tanto exaltou esse aspecto que ordenou a designação do perito ao despachar o juiz o pedido (TJMG, 2ª Câmara, AC n. 5.563, rel. des. Costa e Silva. *Apud* Barcellos de Magalhães, op. cit., p.167-168). E, também, que, a perícia sobre a qual se baseia a decisão não deve ser renovada, exceto em casos de falhas, omissões, erro ou dolo do perito (TJGO, 1ª CC, RN 3879-4/195, v. u., rel. des. Antônio Nery da Silva, DJ 6-5-1996, s/p). Mas, havendo omissões e inexatidões no laudo pericial que serviu de fundamento para a fixação do valor da indenização pelo juiz sentenciante, deve o feito ser convertido

Ressalta Sérgio Ferraz<sup>786</sup> que o importante será, sempre e sempre, por meio de perícia judicial chegar-se ao efetivo valor que a ação encerra, ou seja, a efetiva tradução pecuniária que ela possa obter no momento em que se determina, coercitivamente, sua transferência de um patrimônio privado para o patrimônio público. Mais importante que a consagração apriorística de qualquer fórmula matemática é a fixação insuplantável da busca da justa indenização, garantia consagrada em nossa Lei Magna.

O Min. Luís Gallotti, ao relatar o RE 40.460, ressaltou que nas ações expropriatórias somente se discute o preço correspondente à justa indenização. E, para se chegar ou encontrar esse preço, por certo tem de se recorrer à avaliação. A lei expropriatória, em seu art. 27, enumera os diversos critérios que devem ser observados na avaliação. Todavia tão apenas por meio deles não se chega ao valor justo indenizável, dados os diversos fatores que atualmente concorrem para a valorização não somente dos imóveis, mas também de todos os bens cuja indenização é necessária. Por essa razão tais critérios são relativos e não absolutos; são elementos básicos ou pontos de partida. Conclui que os critérios limitativos do art. 27 da lei desapropriatória não podem subsistir, em face à determinação constitucional de que, nas desapropriações, se pague uma justa indenização. Daí que, atualmente, para se encontrar um valor dos bens expropriados que corresponda a uma justa indenização, pode o perito valer-se de quaisquer critérios<sup>787</sup>.

---

em diligência, para que outra perícia seja realizada, com base no disposto no art. 130 do Código de Processo Civil, que permite ao juiz determinar, de ofício, as provas necessárias à instrução do processo (TJPR, 4ª CC, AC 120543-9, v. u., rel. des. Dilmar Kessler, j. 14-8-2002. Disponível em <<file:///A:\Poder%20judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ-20905.htm>>. Acesso em 22-2-2006).

<sup>786</sup> *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 56.

<sup>787</sup> STF, RE 40.460, Ac. de 25-9-1958, rel. Min. Luís Gallotti. *Apud* Barcellos de Magalhães, op. cit., p. 169-170. Também o des. Nilson Reis, do TJMG, 2ª Câmara Cível, ao proferir seu voto no julgamento da AC 1.0701.01.011427-3/001(1), deixa claro que: "O laudo pericial deve conter os elementos necessários ao perfeito conhecimento dos fatos, possibilitando às partes, a defesa de seus direitos e ao julgador a formação de sua convicção. É verdade que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436 do CPC). Por outro lado, afigura-se peça fundamental. No feito expropriatório, principalmente, em que se veda ao expropriando a discussão de outras questões que não a de

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: "Inexiste legislação que obrigue o magistrado a aceitar este ou aquele laudo, cabendo-lhe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Tem-se por correto o *decisum* que acolhe laudo do perito oficial, por entender que traduz o real e efetivo valor de mercado do imóvel expropriado"<sup>788</sup>.

Vem-se entendendo merecer confirmação a sentença que, julgando ação de desapropriação por utilidade pública, fixa a indenização em sintonia com laudo pericial, cumpridamente fundamentado e documentado, tradutor do preço de mercado do imóvel na data da perícia<sup>789</sup>; ser incensurável sentença que adota o laudo do perito judicial, quando este se apresentar razoável, bem fundamentado e de acordo com as normas recomendáveis na determinação do valor desapropriado<sup>790</sup>; acolhida a avaliação do vistor oficial,

---

vícios do processo judicial ou a da impugnação do preço (art. 20 do Dec.lei 3.365/41), a prova pericial assume primordial importância. Releva notar que o §1º do art. 23 da Lei de Desapropriações faz referência expressa às circunstâncias enumeradas no art. 27 do mesmo diploma, determinando que sejam indicadas no laudo pelo perito. No laudo oficial (fls. 289/310), apresentou características pormenorizadas, inclusive especificando os fatores de topografia, consistência e acessibilidade, com dedução de infra-estrutura de 18,10m<sup>2</sup>, custo por metro quadrado de terreno comerciável. Há uma indenização abalizada em prova técnica que valorou o referido imóvel diante da situação física do mesmo, ou seja, segundo os métodos técnicos utilizados para as avaliações de terrenos. Não se está supervalorizando a área, nem se está condenando desde já o posterior e potencial aproveitamento do imóvel, matéria estranha ao valor real e atual do imóvel e, por isso, repelida pelo Poder Judiciário. Ao revés, os cálculos apresentados, estão afinados, dentro da proposta lançada pelo perito, em perícias e métodos praticados pelos órgãos técnicos do setor de engenharia e congêneres", DJ 9-6-2006, s/p.

<sup>788</sup> STJ, 1ª T., AgRg no Resp 815.554/GO, v. u., rel. Min. José Delgado, DJ 22-6-2006, p. 189.

<sup>789</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 20050100067457-3/AC, v.u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 24-3-2006, p. 34. Também entendendo que se confirma a sentença proferida em desapropriação por utilidade pública, a qual concedeu aos expropriados justa indenização, fixada de acordo com o laudo pericial, uma vez que retrata o preço real do imóvel desapropriado, decidiu o TJGO, 4ª Câmara Cível, Duplo grau de jurisdição 11161-9/195-Anápolis, rel. des. Almeida Branco, DJGO 26-1-2006, s/p.

<sup>790</sup> TRF-3ª Reg., 5ª T., AC 9503061756-1/SP, v. u., rel. André Nabarrete, DJ 20-5-1997, p. 35509. Também, a 1ª Turma decidiu que: "Deve prevalecer o *quantum* apurado pelo vistor oficial, quando estiver o mesmo dentro dos parâmetros do valor de mercado, haja vista ser o perito judicial dotado de imparcialidade, podendo apresentar uma solução sem pender para uma das partes", TRF-1ª Reg., AC 9103005430-6/SP, rel. Pedro Rotta, DJ 10-10-1995, p. 68876.

porquanto está respaldada em pesquisa de mercado e foi elaborada com observância dos padrões técnicos devendo prevalecer sobre os laudos dos assistentes técnicos profissionais vinculados aos interesses das partes<sup>791</sup>.

Tem-se entendido também que: o preço da justa indenização deve ser fixado de acordo com as conclusões de laudo pericial elaborado com técnica apurada e com rigor científico<sup>792</sup>; merece confirmação o decreto sentencial, em desapropriação por utilidade pública, que fixa a indenização com base no valor do hectare apurado em laudo pericial cumpridamente fundamentado, expressivo do preço de mercado do imóvel e, de resto, firmado por profissional da confiança do juízo e equidistante dos interesses das partes, levando em conta a dimensão do imóvel constante do registro imobiliário<sup>793</sup>; a justa indenização garantida pelo artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, no caso de desapropriação, deve ser vista sob o seu aspecto completo e atual; o laudo do perito judicial está muito bem fundamentado com dados técnicos, prevalecendo sobre laudo de oficial de justiça destinado à mera estimativa provisória do imóvel para efeito de imissão de posse<sup>794</sup>; quando da análise do conjunto probatório colacionado aos autos, prevalece, para a formação do convencimento do julgador, o princípio da livre convicção do juiz. Assim, o laudo do perito oficial somente poderá ser desacreditado mediante prova idônea e inequívoca da existência de erro ou de exacerbação na fixação da indenização<sup>795</sup>. Entende-se ainda que: nenhum reparo merece a sentença que se baseia no laudo do perito judicial, sendo que a discordância do assistente da parte com alguns pontos do laudo pericial não obriga o juiz a aceitar a

---

<sup>791</sup> TRF-4ª Reg., 3ª T., AC 89041858-9/PR, v. u., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 16-9-1998, p. 398.

<sup>792</sup> TJMG, proc. 1.0000.00.266218-7/000(1), rel. Silas Vieira, DJ 11-2-2003, s/p.

<sup>793</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2001.43.00.1706-3/TO, rel. des. Olindo Menezes, DJ 9-6-2996, p. 9.

<sup>794</sup> TJDF, 1ª Câmara Cível, EI na AC 2156690/DF, rel. Campos Amaral, DJU 5-10-1994, p. 12.215.

<sup>795</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1997.01.00.026609-1/MA, v.u., rel. des. Italo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 27-4-2006, p. 38.

impugnação, mormente se não for demonstrada por prova complementar<sup>796</sup>; que, "Havendo divergências quanto à indenização, se afigura razoável adotar o laudo pericial. Com efeito, este é dotado do rigor técnico necessário, tendo sido elaborado por pessoa isenta de qualquer interesse no processo. Este Tribunal já decidiu que: 'à falta de crítica válida, subsistem no processo expropriatório as conclusões do perito oficial, militando a seu favor, por ser da confiança do juiz, a presunção de imparcialidade, pois, sem interesse na lide, permanece equidistante das partes em conflito' (AC 9401172676/MA, rel. Juiz Fernando Gonçalves, DJ 13-10-94)"<sup>797</sup>; deve ser aceito o laudo do perito judicial que utilizou as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas -ABNT, adotando, ainda, o método comparativo direto, coletando opiniões junto ao meio profissional agrícola e submetendo os valores encontrados a tratamento estatístico adequado<sup>798</sup>. E, em sentido contrário, de que as "Normas da ABNT apenas fixam diretrizes. Não são cogentes. Precedentes.[...] Para fixação da indenização, importante a confiabilidade das avaliações, que devem refletir o justo valor da propriedade"<sup>799</sup>.

Mesmo assim, tem sido considerado que, na fixação do *quantum* indenizatório para os fins de desapropriação por utilidade pública, o juiz não necessita ficar adstrito ao valor expresso em laudo pericial, desde que fundamente sua decisão divergente em outras provas insertas nos autos, ou nas regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece<sup>800</sup>. Não estando o juiz vinculado à peça elaborada pelo

---

<sup>796</sup>TJPR, 3ª Câmara Cível, proc. 028829-3, v. u., rel. Jesus Sarrao, j. 16-6-1998. Disponível em <<file:///A:\Poder%20Judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ23290.HTM>>. Acesso em 22-2-2006.

<sup>797</sup> TRF-1ª Reg., AC 1998.41.00.000951-5/RO, v. u., rel. ddes. Cândido Ribeiro, DJ 21-7-2006, p. 38.

<sup>798</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T, AC 2000.36.00.000026-9/MT, v. u., rel. des. Tourinho Neto, DJ 16-12-2005, p. 19.

<sup>799</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 20014300001065-5/TO, v. u., rel. des. Carlos Olavo, DJ 31-5-2005, p. 50.

<sup>800</sup> TJGO, 2ª Câmara Cível, AC 59379-0/188/Goiânia, v.u., rel. des. Marília Jungmann Santana, DJGO DJ 10-9-2003, s/p. No mesmo sentido, decidiu-se que o juiz não precisa se ater ao laudo para fixar a indenização, sendo irrepreensível a sentença proferida em ação de desapropriação por utilidade pública, que fixou de acordo com o comando traçado no art. 27 do Decreto-lei n. 3.365/1941, visto que espelhou o preço real do imóvel desapropriado, e não houve impugnação por parte dos expropriados (TJGO, 3ª Câmara Cível, Duplo grau de

perito - artigo 436 do Código de Processo Civil - é possível formar convicção sobre o valor indenizatório a partir dos demais elementos probatórios coligidos<sup>801</sup>. A lei dá ao juiz liberdade na apreciação da prova (art. 131 CPC), mas essa liberdade deve ser exercida de forma persuasiva, com as razões da lógica do convencimento, e não de forma subjetiva e arbitrária, fazendo com que o juiz, que nomeou o perito e formulou quesitos, por reputar imprescindível a prova pericial, despreze o laudo e, sem determinar a produção de outro, em novos parâmetros, pura e simplesmente acolha o valor da oferta, que já sinalizara ser inexpressivo do justo preço, causando prejuízos ao expropriado<sup>802</sup>. Laudo do perito oficial confuso, cheio de fórmulas, lembrando as tábuas de logaritmos, de decisores e facilitador, com menções e identificação pedológica e verificação toposenquencial, não deve ser admitido. O laudo administrativo deve ser dotado de rigor técnico necessário, elaborado com observância dos princípios constitucionais que regem a fixação da justa indenização<sup>803</sup>.

O juiz não está, portanto, adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, devendo, contudo, justificar as razões do seu convencimento.

Ademais, como bem adverte Moraes Salles<sup>804</sup>, embora deva o juiz atender os elementos mencionados no art. 27 da Lei de Desapropriações, não está ele obrigado a se limitar exclusivamente ao exame desses elementos:

---

jurisdição n. 9097-3/195/Itajá, rel. des. Nelma Branco Ferreira Perilo, DJ 4-5-2004, s/p); que na fixação do *quantum* indenizatório para os fins de desapropriação por utilidade pública, o juiz não necessita ficar adstrito ao valor expresso em laudo pericial, desde que fundamente sua decisão divergente em outras provas dos autos (TJGO, 2ª Câmara Cível, AC 55606-4/188, rel. des. Marília Jungmann Santana, DJ 16-6-2003, s/p). Também em ação de indenização (desapropriação indireta), entendeu-se que a indenização a ser paga ao expropriado deve obedecer ao comando traçado no art. 27 do Decreto-lei n. 3.365/1941, uma vez que o juiz não precisa ater-se ao laudo para fixá-la, visto que o preço deve aproximar-se o mais possível do real do imóvel desapropriado (TJGO, 2ª Câmara Cível, Duplo grau de jurisdição, rel. des. Gilberto Marques Filho, v. u., DJGO 31-1-2006, s/p).

<sup>801</sup> STF, AI-Ag 175856/SP, 2ª T., rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26-4-1996, p. 13128.

<sup>802</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1999.36.00.001920-3/MT, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 27-1-2006, p. 10.

<sup>803</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1997.43.00.000215-0/TO, v. u., rel. des. Tourinho Neto, DJ 23-9-2005, p. 3.

<sup>804</sup> Op. cit., p. 512.

pode sopesar outros no desenvolvimento lógico do raciocínio de que resultará a fixação do *quantum* indenizatório. Na busca do justo preço exigido pela Constituição, defende que o juiz poderá até mesmo desprezar aqueles elementos, se verificar que seu emprego pode levar ao estabelecimento de um ressarcimento injusto para o expropriado.

Para Seabra Fagundes<sup>805</sup>, o juiz firmará a sua convicção, livremente, pelo exame de todos os motivos que o processo lhe ofereça. Considerará indispensavelmente esses elementos que a lei lhe indica e, facultativamente, outros que se lhe afigurem merecedores de ponderação. A nenhum deles, todavia, é obrigado a dar apreço absoluto. Deverão ser pesados em seu conjunto, dando a cada um em si, e a todos globalmente, o valor relativo que merecem.

A sentença que fixar a indenização, produto que é do livre convencimento do magistrado na consecução de um *quantum* justo, embora não atinja, na maioria dos casos, plenamente o ideal perseguido, deve ao menos ser uma tentativa imantada do ideal objetivo, de tal modo que o sacrifício imposto ao particular nem lhe desequilibre o patrimônio, empobrecendo-o, nem sirva para aumentar o patrimônio do Estado injustamente<sup>806</sup>.

A lei, quando indica ao julgador certos elementos a considerar na formação do seu juízo, não deixa de ter em mira, como princípio básico, que a indenização corresponda ao valor real do desfalque imposto ao proprietário. O seu intuito é orientar a elaboração da sentença no sentido de um arbitramento justo e nada mais. Desde que o juiz constate que um dos elementos

---

<sup>805</sup> Op. cit., p. 370.

<sup>806</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 284-285.

apontados à sua consideração está em conflito com a realidade do caso, conduzindo a uma injusta fixação do preço, terá de desprezá-lo.

Além disso, existem elementos que foram indicados no art. 27, do Dec.-lei n. 3.365/1941 que, ainda que considerados, nem sempre, propiciariam a apuração do preço da justa indenização. Por exemplo, a estimação dos bens para efeitos fiscais deve ser analisada pelo juiz com reservas, já que pode não coincidir com o valor venal do bem.

Aponta Moraes Salles<sup>807</sup> que notórias são as deficiências do Fisco no tocante à instrumentação de que dispõe para o estabelecimento do valor venal dos imóveis para efeitos fiscais. A falta de pessoal efetivamente habilitado para serviços dessa natureza, aliada à enorme quantidade de bens a serem avaliados, tem sido causa da inexatidão dos valores encontrados. Acresce que costuma existir um descompasso entre os valores fixados para fins tributários e aqueles que os imóveis tributados alcançam para vendas à vista, sendo os primeiros arbitrados em bases bastante modestas.

Para Cretella Júnior<sup>808</sup>, não é incomum o fato de o próprio poder público se desinteressar em atualizar o *quantum* do lançamento sobre determinado bem imóvel, quando a ação expropriatória é antevista para breve, caso em que o Estado tem todo o interesse em tomar por base, no instante da desapropriação, a estimação do bem feita há muito tempo. Aponta, também, que, com a inflação, característica de nossos tempos, jamais coincidirá o valor fixado pela autoridade fiscal, para fins de arrecadação, com o valor real do bem na época da desapropriação.

---

<sup>807</sup> Op. cit., p. 513-514.

<sup>808</sup> Op. cit., p. 286.



O preço pelo qual foi adquirido o bem expropriado, expresso no título de compra, pode, também, não coincidir com o justo preço, seja porque a transação tenha ocorrido muito tempo antes da desapropriação, seja por terem os contratantes atribuído no referido título valor fictício, a menor, para efeitos fiscais, razão pela qual deve ser considerado com reserva.

O procedimento dos contratantes, atribuindo à escritura de compra e venda valor meramente fictício para pagamento de imposto reduzido, muito embora condenável, não pode ser punido no âmbito da ação expropriatória, uma vez que ela não visa a coibir a fraude fiscal. O estabelecimento de indenização com base em escritura de aquisição que contenha valor irreal acarretará lesão ao expropriado, a quem o Estatuto Básico do País assegura o direito ao recebimento de justa indenização<sup>809</sup>.

Já se decidiu que o valor da indenização não pode ser fixado com base em registro cartorário da aquisição, celebrado vários meses antes da edição do decreto desapropriatório, ainda mais porque existente nos autos laudo de perito do Juízo informativo do real valor da propriedade e das benfeitorias nela existentes<sup>810</sup>.

Quanto ao interesse auferido pelo proprietário em razão da própria natureza do bem, potencialmente produtor de frutos, ele possui indiscutível significado na ponderação do justo preço<sup>811</sup>. É elemento que deve ter repercussão no estabelecimento do preço. Como o intuito da lei é atribuir ao dono do bem uma reparação, o mais exatamente possível, à altura do desfalque

---

<sup>809</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 517. Seabra Fagundes aduz que a fraude fiscal, quando exista, não há de encontrar a sua penalidade dentro da ação expropriatória. O fim desta é estatuir o valor da indenização e não punir o defraudador do Fisco. Op. cit., p. 341. Também para Cretella Júnior o processo expropriatório não tem o objetivo de aplicar sanções em consequência de fraudes fiscais anteriores, op. cit., p. 287.

<sup>810</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2001.01.00.019920-0/MT, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 6-9-2002, p. 132.

<sup>811</sup> Cf. Cretella Júnior, idem, ibidem.

imposto ao seu patrimônio pelo expropriação, devem ser consideradas as vantagens econômicas atuais do bem, de molde a assegurar ao proprietário vantagens equivalentes àquele interesse<sup>812</sup>.

Acrescenta Cretella Júnior<sup>813</sup> que, se o proprietário vive em função direta das vantagens que o bem lhe proporciona, nada mais justo que, ao ser privado dessa fonte real de lucro, em virtude de ação expropriatória, pleiteie do Estado lhe seja fornecida a quantia em dinheiro suficiente para a aquisição de fonte paralela de renda, ou seja, a substituição de sua antiga situação por nova situação, ambas, porém, economicamente equivalentes. Assim, se o imóvel está alugado, a quantia econômica fixada na ação expropriatória será tal que permita a compra de imóvel cujo aluguel possa ser sensivelmente igual ao produzido pelo bem expropriado.

Exemplifica Moraes Salles<sup>814</sup> com a hipótese de o expropriado explorar, no imóvel objeto da desapropriação, atividade comercial. Nesse caso, atingido seu patrimônio pela expropriação, o desfalque correspondente não será apenas o do bem desapropriado, mas também o relativo aos prejuízos que afetarem aquela atividade, como os que incidem sobre o fundo de comércio. Esclarece que o Código Civil vigente (art. 1.142 e segs.) adotou a palavra estabelecimento ao invés da expressão fundo de comércio. Todavia, entende que isso não significa que essa última consagrada expressão esteja banida.

Fundo de comércio, no sentido técnico-jurídico, é precisamente o estabelecimento, o organismo vivo, em plena atividade e

---

<sup>812</sup> Cf. Seabra Fagundes, op. cit., p. 341-342.

<sup>813</sup> Op. cit., p. 288.

<sup>814</sup> Op. cit., p. 517-519.

funcionamento. É a perda do fundo criado pelo comerciante que a doutrina e a jurisprudência têm admitido indenizável, pois a expropriação pode levar o comerciante a encerrar sua atividade ou caracterizar um relevante prejuízo com a montagem do novo estabelecimento<sup>815</sup>.

Pouco importa para o recebimento dessa indenização ser o negócio explorado pelo próprio expropriado. Se a atividade comercial for desenvolvida pelo expropriado, a parcela referente ao fundo de comércio deve ser reclamada juntamente com o montante integral da desapropriação, no mesmo processo. Todavia, estando o imóvel alugado, tal parcela pertencerá ao inquilino, que é o legalmente legitimado a pleitear referida verba, por ação direta, visto não ser ele parte no processo de desapropriação<sup>816</sup>.

No mesmo sentido entende Sérgio Ferraz<sup>817</sup> que, quando é o próprio proprietário quem exerce uma atividade comercial no bem que será expropriado, o fundo de comércio necessariamente há de ser considerado na indenização, já que ele compõe indiscutivelmente o valor patrimonial daquele bem. Deve necessariamente ser tomado em conta na fixação da indenização, independentemente da intenção do expropriado de recomposição, restauração ou reconstrução do fundo de comércio, já que ele, no momento em que incidiu o ato expropriatório, compunha o patrimônio do expropriado. Diversamente, entretanto, ocorrerá quando se tratar de fundo de comércio que não seja do proprietário, mas sim de terceiro: a eventual indenização que lhe caiba terá que ser buscada pelos meios subsidiários que a lei sugere e que a doutrina e a jurisprudência construíram.

---

<sup>815</sup> Cf. decidiu a 2ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, *in* RDA 121/278.

<sup>816</sup> Cf. Mário Roberto Velloso que acrescenta que, eventualmente, o inquilino poderá ser parte no processo de desapropriação, já que ele é o titular de uma fração do direito material discutido. Conclui, porém, que sua não-integração à lide não traz nulidade alguma. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>817</sup> *Op. cit.*, p. 252-253.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>818</sup>, também, entende que quando o fundo de comércio for do proprietário, o valor dele computa-se na indenização a ser paga na desapropriação. No caso, ele integrará o valor do bem. Como a indenização ao expropriado há de ser justa, terá necessariamente de cobri-lo, sem o que lhe causaria desgaste patrimonial. Quando, todavia, o fundo de comércio for de terceiro, isto é, de outrem que não o expropriado, seu valor não será levado em conta para fins de indenização do expropriado. Caso em que, só por ação direta o terceiro, titular do fundo de comércio, poderá pleitear do poder público indenização por sua perda.

Seabra Fagundes<sup>819</sup> assevera que não se pode pretender excluir a indenização, em alguns casos (como no do locatário), por se tratar de direitos obrigacionais, que não vinculam a coisa ao sujeito ativo da obrigação. Acrescenta que:

Desde que constituem valores patrimoniais (e no caso, por exemplo, da locação para fins comerciais, o fundo de comércio é particularmente valorizado pelo ponto em que se situe o estabelecimento), estão garantidos, constitucionalmente, os direitos de natureza obrigacional, tanto quanto os reais. O silêncio da lei expropriatória a respeito deles e a impossibilidade de fazê-los indenizar simultaneamente com o direito do proprietário propriamente dito, dado o sistema de indenização única adotado, não exclui o direito do titular à reparação.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de incluir na indenização de empresa expropriada o valor do fundo de comércio. O fundo de comércio é considerado patrimônio incorpóreo, sendo composto de bens como nome comercial, ponto comercial e aviamento, entendendo-se como tal a aptidão que tem a empresa de produzir lucros. A empresa que esteja temporariamente paralisada ou com problemas fiscais, tal

---

<sup>818</sup> Citando decisão do STF publicada in RDA 103/196 e RTJ 54/22. In Apontamentos sobre a desapropriação no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 111, p. 523.

<sup>819</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, op. cit., p. 364.

como intervenção estatal, não está despida do seu patrimônio incorpóreo, o qual oscila de valor, a depender do estágio de sua credibilidade no mercado. Situação devidamente sopesada pelo Tribunal de origem que adotou o arbitramento feito pelo perito, estimando o fundo de comércio em 1/3 (um terço) do patrimônio ajustado em 31-5-1985<sup>820</sup>.

Também há entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: "Em havendo, na expropriação, cumulação de direitos, eis que o dono do imóvel expropriado é, também, proprietário do 'fundo de comércio', é justo e legal que a avaliação compreenda ambos os direitos (o de propriedade e o fundo de comércio), tendo em vista o princípio da economia processual, independentemente do ajuizamento da ação direta (artigos 20 e 26 da Lei n. 3.365). Coincidindo em um único *dominus*, mais de um direito, em caso de desapropriação, a não inclusão da parcela correspondente ao fundo de comércio na quantificação indenizatória implicaria em indenização injusta, em desconformidade com preceito da Constituição"<sup>821</sup>.

Por outro lado, já se decidiu que, no regime de permissão, a permissionária não é titular do serviço, dedicando-se à atividade por simples anuência do Poder Público, que o transfere para a iniciativa privada precariamente por conveniência administrativa. Em consequência, é indevida a indenização pelo fundo de comércio (clientela) postulada contra o Poder Concedente. Na espécie, os tomadores do serviço não são "clientes", mas usuários de serviço público<sup>822</sup>. No mesmo sentido, decidiu-se que, na hipótese em que a expropriada, empresa individual concessionária de serviço público de

---

<sup>820</sup> STJ, 2ª T., REsp 704.726/RS, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 6-3-2006, p. 329.

<sup>821</sup> STJ, 1ª T., REsp 35938/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 11-10-1993, p. 21296.

<sup>822</sup> STJ, 2ª T., REsp 662.859/SP, v. u., rel. Min. Castro Meira, DJ 13-3-2006, p. 262.

telefonia, exercia a atividade comercial em sistema de monopólio, não é devida indenização a título de fundo de comércio<sup>823</sup>.

Quanto a ser devida indenização ao locatário pelo fundo de comércio, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a jurisprudência dessa Corte tem como indeclinável o direito à indenização ao terceiro que, titular do fundo de comércio, sofreu dano patrimonial por efeito de ato expropriatório<sup>824</sup>. Na mesma linha vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça que, na desapropriação de imóvel locado para fins comerciais, é garantido ao locatário o direito a indenização por perdas e danos<sup>825</sup>; que é assegurado ao locatário, despojado do fundo de comércio, por via do procedimento expropriatório, o direito de ressarcimento por perdas e danos, esteja ele protegido, ou não, pela Lei de Luvas<sup>826</sup>.

Seguindo essa orientação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que, na dicção do colendo Superior Tribunal de Justiça o fundo de comércio, instituto judicial no direito comercial, representa o produto da atividade do comerciante que, com o passar do tempo, atrai para o local, onde são praticados atos de mercancia, expressão econômica; com isso, o ponto - para usar *nomem iuris* nascido informalmente nas relações do comércio, confere valor próprio ao local. Evidente, ingressa no patrimônio do comerciante. Aliás, mostram as máximas da experiência, a locação e o valor de venda sofrem alterações conforme a respectiva expressão. Daí como se repete, há locais

---

<sup>823</sup> STJ, 2ª T., REsp 569.997/SE, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 24-5-2004, p. 251.

<sup>824</sup> STF, 1ª T., RE 96408/RJ, rel. Min. Rafael Mayer, DJ 13-8-1982, p. 07589. Também decidiu que é devida a indenização ao locatário pelos prejuízos advindos da desapropriação do imóvel em que estava estabelecido comercialmente, STF, 1ª T., RE 95689/RJ, rel. Min. Rafael Mayer, DJ 6-8-1982, p. 07351, RTJ 106-02, p. 682.

<sup>825</sup> STJ, 2ª T., REsp 696929/SP, rel. Min. Castro Meira, DJ 3-10-2005, p. 208.

<sup>826</sup> STJ, 1ª T., REsp 406502/SP, rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27-5-2002, p. 139 e RJADCOAS, v. 35, p. 50. Também o TJRJ já decidiu que "Direito público - Desapropriação - Efeitos imóvel urbano - Locação - Direito do locatário em haver do ente público desapropriante indenização por perdas e danos e abrangente ao fundo de comércio - Distinção entre o bem patrimonial do proprietário e da sociedade locadora, TJRJ, 9ª Câmara Cível, AC 2004.001.06748, rel. des. Marcus Tullius Alves, j. 14-9-2004, pub. DJ de 29-9-2004, p. 44-53.

nobres e locais de menor expressão econômica, conceitos esses conducentes à indenização pela desapropriação do fundo de comércio, ainda dentro do entendimento de nosso "Tribunal da Cidadania", na desapropriação de imóvel locado para fins comerciais, é assegurado ao locatário despojado do fundo de comércio, por via do procedimento expropriatório, o direito de ressarcimento por perdas e danos, esteja ele protegido, ou não, pela Lei de Luvas. Razoável que a indenização corresponda a 10% do valor da desapropriação a título de fundo de comércio<sup>827</sup>.

Os nossos Tribunais vêm entendendo que, no caso de ausência de comprovação de existência do fundo de comércio pela falta de elementos necessários, como por exemplo, o balancete contendo lançamentos contábeis indicativos da capacidade de gerar lucros por parte da empresa, prejudica a indenização que, em tal hipótese, não se faz devida<sup>828</sup>.

Assim, é de se entender cabível a indenização pelo fundo de empresa<sup>829</sup> nas ações de desapropriação, desde que seja comprovada sua

---

<sup>827</sup> TJRJ, 13ª Câmara Cível, AC 2002.001.10890, rel. des. Ademir Pimentel, j. 4-12-2002, pub. DJ de 22-4-2003, p. 13-14. Entretanto, existem decisões no sentido de que, "pretendido ressarcimento pela perda de fundo de comércio decorrente de desapropriação do imóvel locado - Inadmissibilidade - Hipótese em que o contrato de locação não se regia pelo DCF 24.140/34 (Lei de Luvas), inexistente, pois, o aludido 'ponto' - Pedido parcialmente procedente somente com relação aos danos ocasionados com a mudança - Recurso não provido". Inexistindo contrato de locação renovável compulsoriamente, entende-se inexigível qualquer proteção ao fundo de comércio. Assim, não havendo amparo no DCF 24.150/34, o Estado, quando da desapropriação, nada deve ressarcir, visto que ausente qualquer direito subjetivo do locatário quanto à permanência no imóvel, TJSP, AC 187.287-2/SP, rel. Mello Junqueira, j. 29-1-1992, voto 204. Disponível em <<http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia>>. Acesso em 20-4-2006; Indenização - Perda de fundo de comércio pela ocorrência de desapropriação - Inocorrência de prejuízos - Contrato com prazo ultrapassado - Desapropriação que não fez cessar antecipadamente a relação locatícia - Recurso provido para julgar o autor carecedor da ação, TJSP, AC 165.621-2, Santos, rel. Barbosa Pereira, j. 4-3-1991, DJ 27-5-1991, s/p.

<sup>828</sup> TJRJ, EI 2003.005.00437, 13ª Câmara Cível, rel. des. Azevedo Pinto, j. 17-11-2004, pub. DJ de 2-12-2004, p. 59-62. Nesse sentido, já havia decidido o STF que "Civil. Fundo de Comércio. Desapropriação do imóvel. Acórdão que afastou a indenização do fundo de comércio por reconhecer, ao exame da prova, a ausência de lesão patrimonial. Inexistência de ofensa ao art. 153, § 22, da Constituição, ou de negativa de vigência ao art. 20 do Decreto n. 24.150, de 1934, e os arts. 54, 56 e 57 do Código Civil", 2ª T. do STF, RE 93996/RJ, rel. Décio Miranda. DJ 29-8-1983, p. 12716.

<sup>829</sup> Para Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, a expressão fundo de empresa é muito mais abrangente do que fundo de comércio, uma vez que engloba as possíveis renovações contratuais feitas por indústrias e sociedades civis

existência, quer seja o próprio expropriado que exerça atividades mercantis, quer seja o locatário. O expropriado deverá ser ressarcido na própria ação de desapropriação, devendo seu valor ser apurado pela perícia<sup>830</sup>. Já o locatário deverá utilizar-se de ação direta, visando a tal ressarcimento, dele fazendo jus, ainda quando o contrato de locação mantido com o expropriado não atenda aos requisitos dispostos no art. 51 da Lei n. 8.245, de 18-10-1991<sup>831</sup>.

No Direito português, o arrendamento para comércio, indústria ou exercício de profissão liberal ou para habitação são considerados encargos autônomos para efeitos de indenização dos arrendatários. Na indenização respeitante a arrendamento para comércio, indústria ou exercício de profissão liberal deverão ser atendidas as despesas relativas à nova instalação, incluindo os referenciais de renda que o arrendatário irá pagar, e aos prejuízos resultantes do período de paralisação da atividade, necessária para a transferência, calculada nos termos gerais de direito (art. 29º). Nos casos em que o proprietário do prédio exercer atividades comerciais, industriais ou afetas à profissão liberal, a indenização corresponderá ao valor do prédio acrescido do correspondente aos prejuízos da interrupção dessa atividade (art. 30º).

Também constitui elemento referido pelo art. 27 da lei expropriatória a localização ou a situação do imóvel, que influi na valoração dos bens, dependendo de onde eles estejam localizados, por exemplo, no centro urbano, na zona comercial, na zona residencial ou na zona industrial; em zona

---

com fim lucrativo (LI, 51,§ 4º), in *Código Civil anotado e legislação extravagante*: atualizado até 2-5-2003, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1284.

<sup>830</sup> Nesse sentido, o TRF-3ª Reg., 1ª T., AC 90.03.027156-9/SP, rel. juíza Salette Nascimento, DJ 8-3-1994, p. 8322.

<sup>831</sup> Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito à renovação do contrato por igual prazo, desde que, cumulativamente: I- o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II- o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III- o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.



de condução fácil e rápida, ou em zona sem condução. A localização de um prédio, por exemplo, na principal rua de uma cidade, no seu ponto mais central, tem significação decisiva para a fixação da indenização. Há casos em que a localização é um elemento neutro, não valoriza nem desvaloriza o imóvel; em outros, sua localização pode acarretar sua depreciação (p. ex., próximo a uma grande favela)<sup>832</sup>.

Não se pode negar que uma área próxima a determinado centro urbano, ainda que destinada à "implantação de represa de contenção de águas (piscinão)", seja mais valorizada que outra, da mesma destinação, porém situada em local mais distante e remoto. A localização dos imóveis é geralmente considerada nas avaliações como influentes na determinação do valor, observando-se, também, sua topografia, a consistência do terreno, a forma, o aproveitamento, o encravamento e a acessibilidade<sup>833</sup>.

Há decisão no sentido de que "região valorizada para exploração de atividades comerciais (hotéis e restaurantes): a localização do imóvel (favorável para hotéis e restaurantes) e o fator de ser um dos últimos a venda naquele local não afastam as restrições administrativas para sua utilização e, conseqüentemente, especulação imobiliária, fazendo com que aqueles fatores sejam irrelevantes para a composição do preço do bem; se o imóvel objeto da expropriação se localiza em área tombada pelo Departamento do Patrimônio Histórico do Paraná, permitida apenas a utilização para fins residenciais, com restrição de volume e alteração de paisagem e ainda observado o recuo de 50 metros para edificação, o que abrange a quase totalidade do imóvel, não há que

---

<sup>832</sup> Nesse sentido, Ildefonso Mascarenhas da Silva, *Desapropriação por necessidade ou utilidade pública*, 1947, p. 305. *Apud* Cretella Júnior, op. cit., p. 289-290.

<sup>833</sup> Cf. voto proferido pelo des. Nilson Reis, na AC 1.0701.01.011427-3/001(1), 2ª Câmara Cível, TJMG, DJ 9-6-2006, s/p.

se falar em utilização comercial do imóvel ou grandes edificações"<sup>834</sup>. E, também, no sentido de que "não merece acolhida o argumento do apelante de que o imóvel expropriado, por estar dentro dos limites do perímetro urbano demarcado pelo Plano Diretor de Palmas, deveria ser indenizado como urbano. O imóvel abriga características de cunho nitidamente rural, é destituído de qualquer atividade marcadamente 'urbana' (comércio, indústria, serviço, densidade populacional) e não conta com qualquer equipamento público, nos termos do § 1º do artigo 32 do CTN"<sup>835</sup>. "Classificação do imóvel, se rural ou urbano, depende de sua destinação, não de sua localização (aplicação analógica do art. 4º, I, da Lei 8.629/1993). 4. Prédio lançado como urbano para fins de imposto, não significando que esta seja sua conceituação jurídica"<sup>836</sup>.

Na fixação da justa indenização devem, também, ser consideradas a conservação e a segurança do bem. A conservação diz respeito às peças intrínsecas e individuadas do bem (p. ex., estado das portas, janelas, assoalhos, paredes, encanamentos, equipamento elétrico, pintura); ao passo que a segurança se relaciona com o estado de solidez e de resistência do prédio<sup>837</sup>. O estado de segurança de um prédio é o seu estado normal, e, assim sendo, não será elemento para lhe acrescer o valor. Mas as condições precárias de segurança o desvalorizam grandemente<sup>838</sup>.

Para Moraes Salles<sup>839</sup>, o estado de conservação diz respeito ao aspecto do bem, que será bom, sofrível ou mau, conforme o cuidado que lhe dedique o proprietário; já o elemento segurança significa firmeza, estabilidade.

---

<sup>834</sup> TJPR, 4ª Câmara Cível, proc. 317940-6, rel. Leonel Cunha, j. 13.12.2005. Disponível em <<file:///A:\poder%20judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ-22633.htm>>. Acesso em 3-4-2006.

<sup>835</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 2001.43.00.001097-6/TO, v. u., rel. des. Hilton Queiroz, DJ 16-5-2006, p. 61.

<sup>836</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 20014300001065-5/TO, v. u., rel. des. Carlos Olavo, DJ 31-5-2005, p. 50.

<sup>837</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 292.

<sup>838</sup> Cf. Seabra Fagundes, op. cit., p. 349.

<sup>839</sup> Op. cit., p. 528.

Concorda que um edifício deve, normalmente, apresentar-se seguro, de sorte que o elemento segurança não deve ser fator de valorização de um prédio, ao contrário da falta de segurança que será motivo de desvalorização do bem.

Outro elemento relacionado no art. 27 do Dec.-lei n. 3.365/1941, consiste em se considerar o valor venal dos bens da mesma espécie, nos últimos cinco anos.

Valor venal é o valor de venda, é o preço que o bem alcançaria caso o proprietário o anunciasse ao público, esperando a melhor oferta, sem urgência na transação. Manda o legislador que se procurem bens da mesma destinação econômica, apurando-se o valor venal que apresentaram nos últimos cinco anos, contados regressivamente a partir do momento da declaração da utilidade pública, de necessidade pública ou de interesse social<sup>840</sup>.

Por valor venal, entende Moraes Salles<sup>841</sup> que é o valor de mercado, ou seja, a quantia que o bem possa alcançar em um negócio comum de compra e venda, aos preços correntes na praça. Para Ildefonso Mascarenhas da Silva<sup>842</sup>, valor venal é o valor do mercado, o preço por que se compram e se vendem imóveis. Para o comércio, o valor venal é decisivo, pois a mercadoria vale o preço que se lhe dá.

Não basta a equivalência aparente ou natural, faz-se necessário que haja também a equivalência econômica ao lado dessa outra. Assim, tratando-se de imóvel rústico empregado em indústria extrativa, ter-se-á em mira o valor venal dos imóveis rústicos empregados na mesma indústria.

---

<sup>840</sup> Cretella Júnior, op. cit., p. 293.

<sup>841</sup> Op. cit., p. 528-529.

<sup>842</sup> *Desapropriação por necessidade e utilidade pública*, p. 300. *Apud* Cretella Júnior, op. cit., p. 293.

Tratando-se de prédio urbano utilizado para ponto de comércio, ter-se-ão em conta, para verificação do valor de venda, os outros prédios urbanos de igual destino, e, mais particularmente, de igual localização<sup>843</sup>.

Em sentido contrário pensa Moraes Salles<sup>844</sup>, para quem a destinação econômica só teria, efetivamente, influência na fixação do valor de mercado, se o imóvel estivesse situado, p. ex., em zona estritamente industrial, pois nesse caso apenas poderia ser comparado a outros imóveis destinados ao mesmo fim. Caso esteja situado em zona mista, ou seja, em que os bens possam ser utilizados, indiferentemente, para fins residenciais, industriais ou comerciais, assim como para prestação de serviços, o fator destinação econômica é meramente relativo, não tendo importância decisiva na fixação do valor venal. Daí entender que o vocábulo espécie, no sentido legal, diz respeito à finalidade para que o bem foi construído (se imóvel) ou fabricado (no caso de bem móvel), e não à destinação econômica que se possa dar a esse mesmo bem em determinada época.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerou a destinação do imóvel, ao decidir que "Desapropriação. Indenização residencial com destinação industrial. Admissibilidade. Valor do *quantum* indenizatório que deve observar a média entre o valor do imóvel residencial e o do industrial. Solução que é mais justa para as partes e observa a jurisprudência"<sup>845</sup>.

Para Seabra Fagundes<sup>846</sup>, o período de cinco anos previsto para que dentro dele se proceda à apuração do valor venal dos bens da mesma

---

<sup>843</sup> Cf. Seabra Fagundes, op. cit., p. 350.

<sup>844</sup> Op. cit., p. 531-532

<sup>845</sup> TJSP, EI n. 197.386-2, Cutabão, rel. Clímaco de Godoy, j. 16-11-1993. Disponível em <<http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia>>. Acesso em 3-4-2006.

<sup>846</sup> Op. cit., p.350-351.

espécie, destina-se a permitir ao julgador acompanhar a evolução ou involução dos preços de venda, tirando daí uma das bases do seu juízo. No caso de disparidades entre uns anos e outros, o juiz deve ter em vista o último deles, porque expressivo do estado atual do valor de venda.

Esse período de cinco anos previsto no art. 27 do Dec.-lei n. 3.365/1941 deve ser contado da data da avaliação para trás, já que, como visto, o valor da desapropriação deve ser contemporâneo à avaliação<sup>847</sup>.

Moraes Salles<sup>848</sup> adverte que, em períodos de grande inflação, um imóvel adquirido cinco anos antes estará valendo, cinco anos depois, infinitamente mais que o valor apurado no primeiro ano. Por isso, entende que o valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, deixou de ser fator seguro a ser considerado pelo juiz, no momento em que fixa a indenização. Mesmo assim, reconhece que, nem por isso, poderá o juiz deixar de considerá-lo, já que o art. 27 do Dec.-lei n. 3.365/1941 o incluiu entre os elementos a serem levados em conta pelo magistrado.

A jurisprudência pátria é no sentido de que o comando normativo inserto no inciso XXIV do artigo 5º da Carta Magna exige, em caso de desapropriação por utilidade pública, prévia e justa indenização, entendendo-se como tal a que corresponde: ao integral ressarcimento do dano sofrido, no valor de mercado do bem<sup>849</sup>; ao laudo oficial, apresentado por perito de confiança do Juízo que bem descreveu o imóvel e, com base em elementos do mercado imobiliário local, fixou seu valor que se apresenta real<sup>850</sup>; ao valor da

---

<sup>847</sup> Nesse sentido, Moraes Salles, op. cit., p. 531.

<sup>848</sup> Op. cit., p. 530.

<sup>849</sup> TJGO, 2ª Câmara Cível, AC 55606-4/188, v. u., rel. des. Marília Jungmann Santana, DJ 16-6-2003, s/p.

<sup>850</sup> TJSP, AC n. 185.162-2, Ocaucu, rel. Mello Junqueira, j. 29-1-1992. Disponível em <<http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia>>. Acessado em 3-4-2006.

terra nua corretamente fixado na sentença, com base no laudo de vistor oficial, que se apoiou em pesquisa de mercado, não refutado<sup>851</sup>. Na avaliação de terreno para fins de desapropriação, o *quantum* arbitrado deverá corresponder ao valor venal do imóvel, não se levando em conta fatos hipotéticos ou projeções futuras e incertas<sup>852</sup>. O perito deverá, ao proceder à avaliação do imóvel a ser desapropriado, basear-se na situação atual do imóvel, em seu valor venal. Não poderá calcar sua estimativa em loteamento inexistente, ou em urbanização teórica para estimar o valor do imóvel, que, no final, acabará por ser supervalorizado, levando à especulação imobiliária, inaceitável em processos nos quais toma parte o dinheiro público<sup>853</sup>; o valor de mercado da terra nua deve ser calculado com base no preço praticado na região em que está localizado o imóvel, e não em região diversa<sup>854</sup>. Reduz-se o valor da indenização, em caso de reexame necessário, quando os valores apontados pela nova perícia guardam maior consonância com os preços de mercado, consideradas as peculiaridades dos imóveis desapropriados<sup>855</sup>. Verifica-se que a Corte *a quo* pautou-se pelo exame do conjunto fático-probatório acostado aos autos, notadamente o laudo pericial produzido, para encontrar o valor de mercado da propriedade, de modo a cumprir o postulado constitucional da justa indenização<sup>856</sup>;

No México, o preço a ser fixado a título de indenização pelo bem expropriado deve ser equivalente ao valor comercial que for apurado. Sendo imóvel, não poderá ser inferior ao valor constante nos cadastrados das repartições públicas arrecadoras (art. 10).

---

<sup>851</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC n. 1997.01.00.034343-9/MT, rel. Hilton Queiroz, j. 1-6-1999, DJ 10-9-1999, p. 369.

<sup>852</sup> TJDF, 2ª Câmara cível, EI na APC EIC 2747197/DF, m. v., rel. des. Carmelita Brasil, DJU 13-9-2000, p. 17.

<sup>853</sup> TJDF, 2ª T. Cível, AC 2747192/DF, v. u., rel. Natanael Caetano, DJU 15-10-1997, p. 24.650.

<sup>854</sup> TRF-1ª Ref., 3ª T., AC 1997.43.00.000215-0/TO, v. u., rel. des. Tourinho Neto, DJ 23-9-2005, p. 3.

<sup>855</sup> TJPR, 4ª Câmara Cível, AC e reexame necessário n. 80.621-3/Curitiba, v. u., rel. des. Dilmar Kessler. Disponível em <<file:///A:\poder%20judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ-22633.htm>>. Acesso em 3-4-2006.

<sup>856</sup> STJ, 1ª T., AGA 689566/PR, v. u., rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19-12-2005, p. 233.

No direito argentino, fala-se em valor objetivo do bem, como equivalente ao valor de mercado do bem. A indenização abrange, também, todos os danos que sejam uma consequência direta e imediata da expropriação<sup>857</sup>.

Para efeito do cálculo da indenização, o Código de Expropriações português classificou o solo em apto à construção e solo para outros fins (art. 24º). O valor do solo apto para a construção é calculado em função da construção nele existente ou do valor provável daquela que nele seria possível efetuar de acordo com as leis e regulamentos vigentes, em um aproveitamento economicamente normal, à data da declaração de utilidade pública, devendo ter-se em conta a localização e a qualidade ambiental (art. 25º). O valor dos solos para outros fins é calculado tendo em atenção seus rendimentos efetivos ou possíveis no estado apresentado na data da declaração de utilidade pública, a natureza do solo e do subsolo, a configuração do terreno e as condições de acesso, as culturas predominantes e o clima da região, os frutos pendentes e outras circunstâncias objetivas suscetíveis de influírem no respectivo cálculo (art. 26º).

Para determinação do valor de edifícios ou construções, dispõe o Código das Expropriações português que devem ser considerados vários elementos, quais sejam: a localização e o ambiente envolvente (espaço urbano, sistema de infra-estruturas, transportes públicos e proximidades de equipamentos); nível de qualidade arquitetônica e o conforto e estado de conservação das construções existentes; área bruta; preço das aquisições anteriores e respectivas datas; valor patrimonial para efeitos fiscais; número de inquilinos e rendas; valor de imóveis próximos da mesma qualidade; declarações feitas pelos contribuintes ou avaliações para fins fiscais ou outros (art. 27º).

---

<sup>857</sup> Nesse sentido Marienhoff, op. cit., p. 249-250.

A valorização ou depreciação da área remanescente também foram incluídas como elementos a serem considerados para o cálculo do preço da indenização expropriatória. Significa que, na avaliação, para o cômputo da indenização, deve ser verificado se a desapropriação contribuiu para aumentar ou diminuir o valor da área remanescente, ou seja, da área que restou, por não interessar ao poder expropriante. Se trouxe valorização, a indenização será diminuída do proveito que o proprietário auferiu; se, ao contrário, acarretou desvalorização, o valor da coisa será acrescido da importância que corresponde ao prejuízo que o desapropriado teve na área remanescente que ficou de sobra. Analisa-se a sua efetividade e não a possibilidade, isto é, o benefício ou o prejuízo efetivo que se manifesta, que se evidencia, que é inquestionável<sup>858</sup>.

A mais-valia é o aumento do valor de um bem depois de avaliado. Esse aumento tanto pode ser natural ou genérico como também específico, diretamente resultante da execução da obra pública, ou ainda pode ocorrer concomitantemente. A valorização específica se dá sempre em função da execução da obra pública<sup>859</sup>.

Com apoio na jurisprudência, já defendia Caio Mário<sup>860</sup> a tese de que a mais valia da área remanescente, provocada por obra pública que deu causa à desapropriação, não mais pode ser abatida do valor da indenização. Isso porque, com a criação, para esse fim específico, da contribuição de melhoria, ficou derogado o preceito contido no art. 27, *in fine*, da Lei de Desapropriação, segundo o julgamento dominante do Supremo Tribunal Federal (acórdãos de 18-1-1954 e 31-8-1973, *in RDA*, 53/150-151 e *RTJ*, 62/222-225).

---

<sup>858</sup> Nesse sentido Idelfonso Mascarenhas da Silva, *op. cit.*, p. 306. *Apud* Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 294-295.

<sup>859</sup> Cf. Kiyoshi Harada, *In Mais-valia na desapropriação. Determinação de nova avaliação em segunda instância: ilegalidade e inconstitucionalidade. Revista de Direito Público*, v. 45-46, p. 110.

<sup>860</sup> *In Problemas atuais da desapropriação*, *op. cit.*, p. 15.



No mesmo sentido, afirma Kiyoshi Harada<sup>861</sup> que a mais-valia, caso ocorra, deve ser recuperada pelo Poder Público expropriante, via contribuição de melhoria, prevista no art. 145, III, da CF, regulada pelo Código Tributário Nacional (arts. 81 a 82) e Decreto-lei n. 195, de 24-2-1967, sob pena de ferir o princípio de isonomia, pois é patente que a valorização específica decorrente de execução de obra pública não se limita a beneficiar apenas os proprietários desapropriados. Por isso, após o advento da Constituição Federal de 1946, que introduziu essa espécie tributária entre nós, não cabe mais a desapropriação por zonas de que cuida o art. 4º da lei específica.

A doutrina tem, atualmente, dividido a valorização em imediata e especial (diretamente relacionada ao imóvel do expropriado, individualmente considerado) e geral (atinge indistintamente todos os moradores das proximidades da obra pública)<sup>862</sup>.

Observa Moraes Salles<sup>863</sup> que a compensação da mais-valia da área remanescente com a quantia devida ao expropriado a título de indenização tem sido repelida, em regra, pela jurisprudência, segundo a qual essa compensação só será possível nos casos em que a valorização seja imediata e especial, isto é, direta para o proprietário, e não geral. Por outro lado, quando a desapropriação traz desvalorização à área remanescente, a regra será a do ressarcimento do expropriado pela desvalorização que atingir o remanescente.

---

<sup>861</sup> Op. cit., p. 111.

<sup>862</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 537; Mário Roberto Velloso, op. cit., p. 83. Kiyoshi Harada afirma que a mais-valia é o aumento do valor de um bem depois de avaliado. Esclarece, também, que esse aumento tanto pode ser natural ou genérico como também específico, diretamente resultante da execução da obra pública, ou ainda pode ocorrer concomitantemente. Temos, pois, a valorização genérica e a valorização específica. A valorização específica se dá sempre em função a execução da obra pública. A mais-valia dela decorrente não deve incorporar ao valor da indenização. Somente a valorização genérica é que se incorpora ao valor indenizatório, porque o valor deve ser atual, segundo a regra do art. 26. Acrescenta, que a contribuição de melhoria, como tributo que é, só pode ser instituída pela lei do ente político tributante. Enquanto não instituída por lei própria, a contribuição de melhoria não é devida. Op cit., p. 110-113.

<sup>863</sup> Op. cit., p. 539-541.

Justifica afirmando que, assim como o Poder expropriante pode retirar do expropriado e dos demais proprietários beneficiados pelas obras públicas a valorização por estas trazida por meio de contribuição de melhoria, pela mesma razão os proprietários prejudicados pela desvalorização acarretada pela execução de tais obras poderão reclamar, amigável ou judicialmente, a reparação da desvalia.

Aduz também Mário Roberto N. Velloso<sup>864</sup> que, se a valorização trouxe um aumento do valor patrimonial do remanescente individualmente considerado, significa dizer que a desapropriação só beneficiou um único imóvel, ou, se vários, facilmente identificáveis como beneficiados. Se a desapropriação beneficia e valoriza uma zona inteira, este acréscimo patrimonial não é abatido para efeito do cômputo das indenizações, ressaltando-se nessa hipótese a possibilidade de o Poder Público cobrar contribuição de melhoria, não apenas dos desapropriados, mas de todos os munícipes daquela zona incrementada pela obra ou pelo serviço público. Ao reverso, se houver depreciação do remanescente, este decréscimo sempre será computado na indenização, aumentando-se o seu preço.

Complementa Kiyoshi Harada<sup>865</sup> que a incorporação da mais-valia ao valor da indenização descaracteriza o aspecto constitucional da justa indenização por importar na indenização de um valor exclusivamente acrescido pelo poder público e inexistente no momento processual oportuno, e ainda não passível de recuperação pela tão falada contribuição de melhoria, cuja cobrança só é possível em relação ao remanescente, quando houver.

---

<sup>864</sup> Op. cit., p. 83-85.

<sup>865</sup> Op. cit., p. 126.

Com a impossibilidade de se compensarem os valores da indenização devida e o da mais-valia decorrente da obra pública, não se pretende atribuir vantagem indevida ao expropriado. O que se pretende é assegurar ao particular esbulhado pelo ente público o direito à justa indenização, que deve ser arbitrada com base no valor do imóvel na época em que foi efetivamente apropriado e, conseqüentemente, causou o dano que se indeniza, conforme deixou claro o Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>866</sup>.

Sobre o assunto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que, em ação de desapropriação por utilidade pública, deve prevalecer o valor da indenização, entre os dois apurados na perícia judicial, aquele que não considerou a suposta valorização do imóvel decorrente da obra pública para a qual está sendo desapropriado<sup>867</sup>. O Tribunal Regional Federal-1ª Região, também, decidiu que: "Valorização dos imóveis próximos ao expropriado, em decorrência da obra pública que ensejou sua desapropriação, não pode ser adotada como parâmetro para majorar o valor da indenização. 7. Hipotética divisão futura da propriedade não autoriza ampliar o valor da indenização"<sup>868</sup>.

A lei expropriatória brasileira estaria mais condizente com a idéia da justa indenização, se não permitisse que a mais-valia decorrente da valorização geral da expropriação fosse considerada na fixação do preço da indenização.

Na Lei de expropriação forçada espanhola, a mais-valia, que seja conseqüência direta do plano ou projeto de obras, ou que decorra da

---

<sup>866</sup> TJSC, 1ª Câmara de Direito Público, AC 2005.006403-0, v. u., rel. des. Nicanor da Silveira, j. 25-5-2005. Disponível em: <e://A:\Poder%20%Judiciário%20do%20Estado%20de%20Santa%20Catarina.htm>. Acesso em 22-2-2006.

<sup>867</sup> TJMG, proc. n. 1.0027.00.005033-9/001(1), rel. Edgard Penna Amorim, DJ 19-8-2995, s/p.

<sup>868</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 20014300001065-6/TO, v. u., rel. des. Carlos Olavo, DJ 31-5-2005, p. 50.

expropriação e as previsíveis para o futuro não são consideradas na fixação do justo preço (art. 36). No direito português, para determinação do valor dos bens expropriados, não pode ser considerada a mais-valia que resultar da própria declaração de utilidade pública da expropriação para todos os prédios da zona em que se situa o prédio expropriado. (art. 22º).

Quando, em decorrência da desapropriação, a área remanescente for inaproveitável, tem-se entendido que o expropriado pode valer-se do direito de extensão, que lhe permite exigir que a desapropriação abranja todo o imóvel<sup>869</sup>.

Inclusive, o Tribunal Regional Federal da 2ª Reg., ao julgar a apelação cível 220845, entendeu que: "1- *In casu*, apesar de tal Decreto autorizar a constituição de servidão administrativa, a faixa de servidão atingindo a maior parte do lote, ou seja, não podendo os expropriados utilizarem para fixar residência, inviabilizando qualquer uso no mesmo, e, tornando-o sem qualquer aproveitamento econômico para os proprietários, impõe-se o instituto da desapropriação e não de apenas constituição de servidão administrativa. 2- Outrossim, é de se afirmar que o Egrégio TRF em sua 6ª Turma, *mutatis mutandis*, já teve a oportunidade de apreciar a matéria em questão, quando do

---

<sup>869</sup> Nesse sentido, Mário Roberto N. Velloso, para quem o direito de extensão, previsto no art. 12 do Decreto federal n. 4.956, de 1903, disposição não contrariada pelo Decreto-lei n. 3.365/1941, deve ser ventilado por ocasião da contestação, e, uma vez acolhido, conduz a que a desapropriação atinja todo o imóvel. Op. cit., p. 86. Também Eurico Sodré entende que a disposição do art. 12 do Decreto federal 4.956 continua em vigor, e que o pedido de extensão deve ser formulado nos autos da desapropriação, sob pena de decadência. Op. cit., p. 210. Moraes Salles complementa que o direito de extensão é instituto complementar da desapropriação e deve reger-se pelos princípios desta. Todavia, entende que o pedido de extensão pode ser formulado posteriormente à desapropriação, por ação própria, uma vez que a constatação da inaproveitabilidade do remanescente poderá ocorrer, em razão de circunstâncias especiais, apenas após o encerramento da demanda expropriatória, defendendo, com apoio em Firmino Whitaker, que a coisa julgada não se estende à questão do remanescente, se não foi objeto da ação de desapropriação. Op. cit., p. 543. Nesse sentido decidiu o TRF-2ª Reg., 2ª T., na AC 137599/RJ, rel. juiz Sérgio Feltrin Correa, entendendo que tem o demandado direito a ver desapropriada a parte restante do bem que se tornou imprestável em virtude da expropriação inicialmente levada a efeito, DJU 8-11-2001, s/p. Também o TRF-3ª Reg., 2ª T., já decidiu que a "área deve sofrer desapropriação total, vez que sua utilização restou prejudicada, por estar localizada em área urbana, destinada a construção de edificações incompatível dentro da faixa da linha de transmissão", AC 9103046697-3/SP, v. u., rel. Ramza Tartuce, DJ 1-2-1995, p. 3046.

juízo da Apelação Cível 96.02.15275-3, na Sessão do dia 14-8-2002. Naquela ocasião a 6ª Turma, por unanimidade, entendeu que diante da área atingida pela servidão ser de 78%, correto o entedimento da apelante em dizer que se trata de uma desapropriação, eis que sendo a área atingida de 78%, o seu restante tornou-se totalmente inutilizado para qualquer tipo de construção, devendo, portanto, a indenização ser fixada no valor total da área"<sup>870</sup>.

As condições básicas da extensão são: a dificuldade ou inutilidade da sobra para qualquer aproveitamento, ou a depreciação do seu valor pela privação de utilidade. O direito de extensão só pode ser exercido na fase administrativa da desapropriação ou quando do processo judicial, na ação expropriatória<sup>871</sup>.

Todavia, já se decidiu que "O direito de extensão constitui-se em questão futura, suscetível de análise, após a conclusão das obras, em que a perícia poderá analisar se houve ou não desvalorização desta área"<sup>872</sup>. E que: "Quando o imóvel rural de pequena área é fracionado em duas partes, em decorrência de desapropriação de trecho para construção de rodovia, deve ser incluído na indenização o valor referente a construção de um túnel abaixo do leito estradal, para a passagem do rebanho, a fim de que as terras não sejam prejudicadas em seu aproveitamento; e, uma vez incluído tal valor, o expropriado não faz jus a pretensão de ressarcimento por desvalorização da propriedade"<sup>873</sup>.

No direito expropriatório espanhol, quando a expropriação atingir só uma parte do imóvel e, em consequência, tornar antieconômica a

---

<sup>870</sup> TRF-2ª Reg., 8ª T. Esp., AC 1999.02.01.059552/RJ, v. u., rel. Poul Erik Dyrland, DJU 13-3-2006, p. 608.

<sup>871</sup> Cf. TRF-4ª Reg., 3ª T., AC 96.04.04655-1/PR, v. u., rel. Amir Sarti, DJ 10-6-1998, p. 540.

<sup>872</sup> TJSC, AC 2003.029818-5, rel. des. Dionízio Jenczak, DJ 6-6-2005, s/p.

<sup>873</sup> TJGO, 1ª CC., RN 3879-4/195, v. u., rel. des. Antônio Nery da Silva, DJ 6-6-1996, s/p.

conservação da parte não expropriada, o proprietário poderá solicitar que a expropriação compreenda a totalidade do imóvel (art. 23 da Lei de Expropriação forçada, de 16-12-1954). Caso a Administração descarte a expropriação total, deverão ser incluídos no justo preço da indenização os prejuízos decorrentes da expropriação parcial do imóvel (art. 46).

No direito português, quando a parte não expropriada ficar depreciada pela divisão do prédio, ou quando da expropriação resultarem outros prejuízos ou encargos, eles serão especificados, em separado, correspondendo a indenização ao valor da parte expropriada, acrescida dessas últimas verbas (art. 28º).

Quando se desapropriam ações de uma sociedade comercial, entende Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>874</sup> que os chamados justos critérios dependem de circunstâncias aleatórias fundadas no patrimônio social, no ativo imobilizado e no passivo comprovado, desfazendo possíveis dúvidas com respeito ao valor definitivo da indenização, que resulta assim de avaliação ponderada entre o que valem os títulos e o que na realidade economicamente podem representar.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz<sup>875</sup> aduz que, ao fixar o efetivo valor das ações expropriadas, o juiz tem de considerar o valor do ativo líquido, devidamente atualizado, e, se for o caso, o próprio valor dinâmico da empresa, de modo a propiciar ao expropriado uma verdadeira *restitutio in integrum* das ações de que se viu privado, como o determina a Constituição Federal.

---

<sup>874</sup> *Desapropriação*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 154.

<sup>875</sup> A justa indenização na desapropriação de ações. *Revista dos Tribunais*, v. 664, p. 41.

De acordo com a Lei Expropriatória espanhola, art. 40, as obrigações, ações, cotas e demais modalidades de participação no capital ou nos benefícios de empresas mercantis serão estimadas pela média aritmética que resulte da aplicação dos seguintes critérios valorativos: a cotização média no ano anterior à data de abertura do expediente; a capitalização nos moldes do interesse legal do benefício promédio da empresa nos três exercícios sociais anteriores; o valor teórico dos títulos objeto de expropriação. Entende-se por valor teórico a diferença entre o ativo real e o passivo exigível no último balanço aprovado.

Assim, não obstante os critérios previstos no art. 27 do Decreto-lei n. 3.365/1941, tanto o perito, na apuração, como o juiz, na fixação do valor indenizatório, poderão utilizar-se de outros elementos além dos constantes na lei. Contudo melhor seria que se expedisse um novo comando normativo, no qual fossem adotados critérios que efetivamente contribuíssem para a apuração do valor real do bem expropriado; elementos esses que, quando aplicados, resultassem na apuração desse valor real, o que evitaria, inclusive, as inúmeras controvérsias que decorrem da aplicação do texto vigente.

Como bem adverte José dos Santos Carvalho Filho<sup>876</sup>, se o juiz leva em consideração apenas os fatores previstos no citado art. 27, o resultado pode não corresponder ao valor efetivo do bem e, se isso ocorrer, a indenização certamente será injusta. Daí defender que o melhor critério a ser adotado seria aquele que, mediante fatores de mercado, pudesse chegar a um valor que correspondesse efetivamente à perda da propriedade, já que só assim é que se respeitaria o mandamento constitucional que reclama indenização justa.

---

<sup>876</sup> Op. cit., p. 695-696.

Sérgio Ferraz<sup>877</sup> afirma que o preço do mercado imobiliário é convencional, meramente conjuntural, e que, em relação a alguns bens os parâmetros de valor continuam muito fluidos e variáveis. Por isso, defende que os valores artísticos e históricos de determinado bem sobre o qual deva incidir o procedimento expropriatório devem ser considerados na fixação de um preço expropriatório. Ressalta, entretanto, que há certos valores que não podem ser considerados, por apresentarem uma expressão mais pessoal que patrimonial, citando o valor afetivo como exemplo. A indenização tem de se fixar por critérios objetivos, palpáveis, que o homem do povo é capaz de apreender<sup>878</sup>.

Interessante observar que a Lei de Expropriação forçada espanhola, em seu art. 47, garante ao expropriado, em todos os casos de expropriação, além do justo preço fixado na forma prevista na lei, mais 5% a título de compensação, como prêmio de afeição.

Moraes Salles<sup>879</sup> observa que a indenização devida ao expropriado não se compõe, apenas, do valor de mercado do bem atingido pela expropriação. Em princípio, todo e qualquer prejuízo advindo da desapropriação deve ser ressarcido, a fim de que seja atendido o princípio constitucional da justa indenização. Assim, além do principal, podem compor a indenização os seguintes acessórios: juros compensatórios (sempre que houver imissão provisória na posse do imóvel ou ocupação indevida), juros moratórios,

---

<sup>877</sup> Op. cit., p. 252.

<sup>878</sup> Também Marienhoff afirma que o valor histórico é distinto do valor da respectiva coisa materialmente considerada, mas integra e acrescenta o seu valor. Op. cit., p. 255. Moraes Salles diz que o valor histórico acrescenta ao bem uma valia maior do que a que teria se não se ligasse à História, e que essa mais-valia é apreciável e avaliável economicamente. Quanto ao valor de afeição, defende que ele não pode ser levado em conta no momento em que for fixada a indenização, por haver real impossibilidade de traduzi-lo economicamente. Já o valor de conveniência, que é aquele valor que possui o bem especialmente para o seu proprietário, seja sob o ponto de vista dos interesses materiais, seja da amenidade pessoal, por ter um caráter preciso e positivo, deve integrar a indenização expropriatória. Op. cit., p. 524-525.

<sup>879</sup> Op. cit., p. 544-545.



honorários advocatícios, despesas do processo, perdas e danos comprovados no curso da causa etc.

Ainda, sobre a fixação da indenização, há decisões no sentido de que: ao proferir a sentença, na ação de desapropriação, deve o julgador limitar-se à fixação do valor correto da indenização, com os seus acréscimos legais, dentro das peculiaridades do caso, não cabendo a imposição ao órgão desapropriante de cominações de ordem ambiental - coarctar a ocorrência de impacto ambiental<sup>880</sup>. No valor da indenização apurado por exame pericial criterioso, não se incluem despesas com projetos de edificação, contemporâneo à declaração de utilidade pública, e se exclui o valor de despesas com a demolição de casa antiga, em desuso, demolida cinco anos antes do ato expropriatório<sup>881</sup>.

### **c) Principal e acessórios**

Estabelece o art. 25 do Decreto-lei n. 3.365/1941 que o principal e os acessórios serão computados em parcelas autônomas.

Ao comentar o referido dispositivo, diz Cretella Júnior<sup>882</sup> tratar-se da metodização, disciplinação ou sistematização da sentença, a fim de que aquele aspecto global, verdadeiro, *pro indiviso*, não prejudique as partes, mas ofereça aspecto desdobrável em dois elementos, o principal e o acessório. Exige-se que, na sentença do processo expropriatório, se faça uma distinção exata entre o principal e o acessório.

---

<sup>880</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 19983800039308-0/MG, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 27-2-2004, p. 50.

<sup>881</sup> TJPR, 6ª CC., AC e RN 0072667-4, v. u., rel. Newton Luz, DJ de 11-10-1999, s/p.

<sup>882</sup> Op. cit., p. 243-244.

Para Kiyoshi Harada<sup>883</sup>, o art. 25 da lei especial prescreve que o principal e os acessórios sejam computados em parcelas autônomas, significando que a indenização deve ser a mais completa possível, de sorte a cobrir todos os danos decorrentes do ato expropriatório. O principal corresponde ao valor do bem expropriando, objetivamente considerado. Os acessórios correspondem à verba honorária, aos juros compensatórios e moratórios e ao reembolso de custas e despesas.

Argumenta Moraes Salles<sup>884</sup> que a indenização a que faz jus o expropriado, para ser justa, deve recompor seu patrimônio com quantia que corresponda exatamente ao desfalque produzido pela desapropriação. Dessarte, a simples indenização do bem expropriado, desacompanhada das perdas e danos sofridos pelo proprietário (incluídos nestes os danos emergentes, ou seja, aquilo que se perdeu, e os lucros cessantes, ou seja, o que se deixou de lucrar), tornaria insuficiente o ressarcimento, representando tal fato descumprimento da norma constitucional que determina seja justa a indenização (art. 5º, XXIV, da CF). Ressalta, todavia, que os danos emergentes e os lucros cessantes devem ser efetivos, devendo ser cumpridamente demonstrados no feito expropriatório, sob pena de não serem pagas as verbas correspondentes<sup>885</sup>.

R. Limongi França<sup>886</sup>, considerando lição de Fischer, esclarece que dano é todo prejuízo que alguém sofre em sua alma, corpo e bens, com exceção daquele que a si mesmo tenha causado. Aquilo que efetivamente se perdeu corresponde ao dano emergente, e o que se deixou de lucrar corresponde ao lucro cessante. O lucro cessante abrange diminuição potencial, engloba não

---

<sup>883</sup> Op. cit., p. 134.

<sup>884</sup> Op. cit., p. 523.

<sup>885</sup> Seabra Fagundes também entende, quanto aos lucros cessantes, que eles devem ser sempre indenizados, desde que sejam efetivos e não prováveis. Op. cit., p. 344.

<sup>886</sup> *Direito administrativo aplicado e comparado*. Compêndio em homenagem ao prof. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, coord. João Abujamra Júnior. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, t. 1, p. 213-214.

apenas o que se estancou, mas também o que não mais será auferido. Como na desapropriação a indenização deve ser justa, ela deve abranger os lucros cessantes. Distingue os lucros cessantes efetivos e inequívocos, daqueles apenas possíveis ou problemáticos, entendendo que esses últimos devem ser discutidos em ação direta, já os primeiros, em razão do imperativo da justa indenização, ou do princípio da plena compensação, cumpre sejam cobrados e pagos no curso do próprio feito expropriatório.

Já se decidiu pela impossibilidade de se indenizar, em ação de desapropriação, expectativa de lucros advindos de implantação de empreendimento imobiliário, ainda que aprovado pelas autoridades competentes. Consta, ainda, da Ementa que: "2. Na desapropriação, a indenização pelo valor de mercado já leva em conta o potencial de exploração econômica do imóvel. 3. Possibilidade de indenização por danos materiais, se comprovados. 4. Questão relativa ao prejuízo quanto à impossibilidade de implantação do projeto após a desapropriação que se insere no contexto fático-probatório e que, por isso, esbarra no teor da Súmula 7/STJ"<sup>887</sup>.

Relativamente à ocorrência de dano moral, já se decidiu que nos casos em que são observados os trâmites legais para uma desapropriação, mesmo diante de uma certa mudança na vida do proprietário expropriado, não ocorre dano moral<sup>888</sup>; ser descabida a indenização por dano moral em desapropriação quando a ação legítima não causa qualquer seqüela no plano subjetivo<sup>889</sup>.

---

<sup>887</sup> STJ, 2ª T., REsp 325335/SP, m. v., rel. Min. Eliana Calmon, DJ 24-3-2003, p. 191.

<sup>888</sup> TJSC, AC 2003.029818-5, rel. Dionizio Jenczak, DJ 6-6-2005, s/p.

<sup>889</sup> TJRS, 3ª Câmara Cível, AC 597095132, rel. des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 23-4-1998. Disponível em <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em 20-2-2006.

Carlos Ari Sundfeld<sup>890</sup> exemplifica que uma propriedade imóvel, se estiver desocupada, nada rende; a perda da posse, contudo, subtrai uma possibilidade de rendimento, por meio da locação, da construção, etc. Portanto os juros compensatórios substituem esse rendimento que se poderia, e que, por fator externo à vontade do proprietário, não se pode mais obter. Ademais, os juros compensatórios derivam do princípio universal da proibição do enriquecimento sem causa.

Determina o Código Civil que, salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar (art. 402). As perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato dela (redação parcial do art.403).

As perdas e danos incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato da inexecução<sup>891</sup>; compreendem, pois, o dano emergente e o lucro cessante. Devem cobrir todo o dano material experimentado pela vítima<sup>892</sup>. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a indenização decorrente de prejuízo sofrido com ato do Estado de desapropriação deve ser a mais completa possível<sup>893</sup>.

---

<sup>890</sup> Conclui que, para manter coerência com os princípios constitucionais, a começar pela justa indenização na expropriatória, a imissão antecipada na posse deve necessariamente gerar o dever de compensação - e o pagamento de juros de 1% ao mês sobre o valor do bem é modo apropriado de fazê-lo - até o momento em que ocorrer, com o pagamento, a imissão definitiva. Cumulação de juros na desapropriação. Revista de Direito Público n. 96, p.155-156.

<sup>891</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *Código civil comentado*. 4. ed. rev., ampl. e atual. até 20-5-2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 393.

<sup>892</sup> Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. de acordo com o Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 629.

<sup>893</sup> STF, 2. T., AI-AgInstr. 213084/BA, v. u., rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26-3-1999, p. 8.

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima<sup>894</sup>; aquilo que o ofendido realmente perdeu em consequência do fato danoso<sup>895</sup>. Na desapropriação, representa a diferença entre o patrimônio que o expropriado possuía antes da sua ocorrência e o que passou a ter depois; o desfalque ou a perda sofridos no seu patrimônio.

Lucro cessante é a perda de um ganho esperado<sup>896</sup>; é aquilo que razoavelmente deixou de ganhar<sup>897</sup>. Na desapropriação, relaciona-se com o *quantum* deixou o proprietário de lucrar ou de ganhar com a exploração do bem, em decorrência da desapropriação intentada pelo Poder Público. Os frutos que o proprietário deixou de auferir, em decorrência de ter o poder expropriante obtido antecipadamente a posse do bem, vêm sendo entendidos como correspondentes aos juros compensatórios.

Os juros correspondem aos rendimentos ou frutos do capital emprestado. Consistem nos frutos civis constituídos por coisas fungíveis, que representam o rendimento de uma obrigação de capital. Em se tratando de dinheiro, pelo fato de ficar a importância com terceiro é que incidem os juros. Constituem o preço do uso do capital, ou o fruto produzido pelo dinheiro. Também, ficando um bem não fungível com outra pessoa que não o seu proprietário, a compensação deverá ser feita pelo pagamento de aluguel, ou de uma taxa fixada em certo montante, ou pela entrega de parte do produto. O proprietário não fica com o bem, daí procurar recompensá-lo por este estado de ausência de posse direta, ou de não-utilização. Por isso se diz que o juro é a remuneração do credor por ficar sem a posse ou sem a utilização do capital. O

---

<sup>894</sup> Cf. Carlos Roberto Gonçalves, *idem*, *ibidem*.

<sup>895</sup> Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense, 1995, p. 316.

<sup>896</sup> Cf. Carlos Roberto Gonçalves, *op. cit.*, p. 629.

<sup>897</sup> Cf. Caio Mário, *op. cit.*, p. 316.

credor fica privado do valor e da posse da coisa durante determinado período de tempo<sup>898</sup>.

O juro normalmente incide nos créditos civis reconhecidos em favor de alguém, e constituem os frutos civis do crédito, ou a renda do capital. Todavia não se restringem à compensação unicamente pela entrega de dinheiro, também incidem no empréstimo ou entrega de coisas fungíveis. Constituem-se os juros de obrigação acessória, não tendo existência por si, e sempre dependendo de outra coisa à qual aderem ou dependem<sup>899</sup>. Daí Caio Mário<sup>900</sup> afirmar que se chamam juros as coisas fungíveis que o devedor paga ao credor, pela utilização de coisas da mesma espécie a este devidas; que pode consistir em qualquer coisa fungível, embora frequentemente a palavra "juro" venha mais ligada ao débito em dinheiro, como acessório de uma obrigação principal acessória, já que constituem-se os juros de obrigação acessória, não tendo existência por si, e sempre dependendo de outra coisa à qual aderem.

O Min. José Delgado, ao julgar o REsp 22.8481/MA, historia que:

os juros compensatórios, de antiga criação pretoriana, são referentes a tudo aquilo que se deixou de ganhar em decorrência de um ato. Foram inseridos num momento próprio, com alta inflação a assolar o País, onde a alta instabilidade da moeda expressava em valores cada vez mais altos as mesmas utilidades essenciais. Visavam, pois, a apurar os lucros cessantes. Tais juros são devidos, pois, como forma de complementar o valor da indenização, aproximando-o do conceito de ser 'justo', por determinação constitucional. Iterativa jurisprudência tomou forma no intuito de abrandar tais efeitos inflacionários, e esta Corte pronunciou-se, por meio de diversos julgados, no sentido de ressarcir o expropriado pela perda da posse do imóvel, não considerando justa a indenização que não contemplasse os prejuízos decorrentes do não uso do bem. Confira-se: - Recurso Especial nº 23.432/SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU 16/11/92: "*Os juros*

---

<sup>898</sup> Cf. Arnaldo Rizzardo, Juros no Código Civil de 2002, in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, v. 22, p. 53-54.

<sup>899</sup> Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo, op. cit., p. 54.

<sup>900</sup> *Instituições de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 2, p. 110.

*compensatórios são calculados sobre o valor do imóvel e são devidos desde a imissão na posse, ressarcindo o expropriado pela perda da posse do bem". - Recurso Especial nº 23.198-3/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU 17/12/92: "Os juros compensatórios são calculados sobre o valor do imóvel e são devidos desde a imissão de posse, ressarcindo o expropriado pela perda da posse do bem". - Recurso Especial nº 13.702/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU 16/11/92: "Se a desapropriação só é possível mediante prévia e justa indenização (CF, art. 153, § 22 - anterior e CF, art. 5º, XXIV) deve o expropriado receber os juros compensatórios pela perda antecipada da posse, sem ter recebido a indenização justa e completa por seu bem, e os juros moratórios pela demora em receber o que lhe é devido". E, sumulando seu posicionamento, este Superior Tribunal de Justiça edificou os seguintes verbetes: Súmula 69 - "Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel". Súmula 113 - "Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigidos monetariamente". O Colendo Supremo Tribunal Federal, por sua vez, assentou: Súmula 164 - "No processo de desapropriação são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência". Recentemente, sobre o assunto, assim são as manifestações desta Corte: "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COMPROVAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO, JUROS COMPENSATÓRIOS. CABIMENTO. Não há como comprovar a divergência se a matéria não pode ser revista no especial, por se tratar de questão de fato, nos termos da Súmula nº 07/STJ. Em desapropriação são cabíveis os juros compensatórios desde a época em que o proprietário foi impedido de usar e gozar do direito inerente ao imóvel. Embargos parcialmente conhecidos e recebidos" (REsp 100.588/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 15/03/99)<sup>901</sup>.*

Também o Min. Milton Luiz Pereira, no REsp n. 39.842-8/SP, no qual figurou como relator, ressalta que:

os juros compensatórios constituem uma solução pretoriana para cobrir os lucros cessantes, nos casos de afetação do uso e gozo do bem pelo Poder Público. Pois, desapossado o proprietário, antes de ser indenizado, como garantido constitucionalmente, não se compraz a idéia de que ficasse privado dos frutos de seu bem, usufruindo o expropriante, graciosamente do possível resultado econômico assegurado ao senhor dominial.[...]os compensatórios são destinados ao ressarcimento pelo impedimento da fruição dos frutos derivados do bem; vale dizer, é a compensação pelo uso do bem alheio pelo Poder Público, antes da justa indenização, motivo pelo qual, havendo demora no pagamento, os juros integram o valor indenizatório. Por essas razões, fica-se que os juros compensatórios, integrando a indenização, na espécie, corresponde ao valor do imóvel contemplando as perdas e danos, considerando o que o

---

<sup>901</sup> STJ, 1ª T., REsp 228.481/MA, rel. Min. José Delgado, DJ 20-3-2000, p. 46, RSTJ, v. 132, p. 184.

proprietário, razoavelmente, deixou de lucrar.[...]A incidência e forma de contagem estão alumiadas, respectivamente, pelas Súmulas 12 e 69 do STJ. Pela espia desses registros, viceja a conclusão de que, no caso, integrando o valor indenizatório, assegurados os juros compensatórios, guarnecidos os lucros cessantes, descabe a pretensão de auferi-los a título próprio ou autonomamente, somados aos compensatórios, edificados na via jurisprudencial. Existe precedente: "Administrativo. Desapropriação. Juros Compensatórios e Lucros cessantes. Cumulatividade Descabida. I - Impossível cumular, em ação desapropriatória, a condenação de juros compensatórios com lucros cessantes, sob pena de 'bis in idem', visto que aqueles se destinam a compor o patrimônio do desapropriado indenizando-o dos lucros que deixou de auferir em razão da expropriação. II - Recurso parcialmente provido" (REsp n. 35.258-4-RS, rel. Min. César Rocha, in DJU de 16-8-93). Davante [sic], mostra-se improsperável a aspiração recursal de obter cumulativamente juros compensatórios e lucros cessantes<sup>902</sup>.

O mesmo entendimento vem sendo adotado pelos demais Tribunais do País, conforme evidenciam as seguintes decisões: na ação de desapropriação, os juros compensatórios representam o lucro cessante pela perda da posse do imóvel expropriado, e tem natureza indenizatória<sup>903</sup>. Devendo a desapropriação configurar uma operação branca, sem enriquecer nem empobrecer o proprietário, que tem direito a uma justa indenização, dela devem fazer parte, segundo a jurisprudência consagrada, os juros compensatórios, destinados a compensar o proprietário pela perda antecipada do imóvel, decorrente da imissão do desapropriante na posse, *initio litis*, incidindo o item, na hipótese, sobre a diferença entre o preço ofertado e o valor do bem fixado na sentença. Os juros compensatórios são pagos à razão de 12% ao ano, incidindo a partir da imissão na posse<sup>904</sup>. Na desapropriação direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano<sup>905</sup>.

---

<sup>902</sup> STJ, 1ª T., REsp n. 39.842-8/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 30-5-1994, p. 13455. No mesmo sentido, STJ, 1ª T., AgRg no REsp n. 615.018/RS, v. u., rel. Min. Luiz Fux, que "os juros compensatórios destinam-se a ressarcir o expropriado pelo impedimento do uso e gozo econômico do imóvel, atenuando o impedimento de fruição dos rendimentos derivados do bem. Integra, dessarte, a indenização, reparando o que o proprietário deixou de lucrar", DJ 21-6-2004, p. 117.

<sup>903</sup> TJMG, proc. 1.0313.04.136659-9/001(1), rel. Gouvêa Rios, DJ 17-6-2005, s/p.

<sup>904</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2005.01.00.067457-3/AC, rel. Des. Olindo Menezes, DJ 24-3-2006, p. 34.

<sup>905</sup> TJSC, 3ª Câmara de Direito Civil, AC 2003.029818-5, v. u., rel. Dionízio Jenczak, DJ 6-6-2005, s/p.



Não obstante prevalecer o entendimento de que os juros compensatórios não podem ser cumulados ao lucro cessante<sup>906</sup>, deve ser ressaltado que nem sempre os juros compensatórios terão o condão de reparar, precisamente, as implicações decorrentes da interdição e uso da propriedade. É que eles podem não corresponder ao valor total do lucro cessante efetivamente suportado pelo expropriado. Existem algumas situações em que, além da supressão do direito de uso e fruição do imóvel provocada pelo poder expropriante, indenizável por meio dos juros compensatórios, fixados em 12% ao ano, podem ainda decorrer outros prejuízos.

No REsp n. 39.842-8-SP, por exemplo, o recorrente pleiteou a procedência do pedido de lucros cessantes correspondentes às receitas advindas do processamento no plano industrial de toda a madeira que possuía,

---

<sup>906</sup> Nesse sentido: "Administrativo. Desapropriação. Juros compensatórios e lucros cessantes. Cumulatividade descabida. I - Impossível cumular, em ação desapropriatória, a condenação de juros compensatórios com lucros cessantes, sob pena de 'bis in idem', visto que aqueles se destinam a compor o patrimônio do desapropriado indenizando-o dos lucros que deixou de auferir em razão da expropriação" (STJ, 1ª T., REsp n. 35.258-4/RS, v.u., rel. Min. César Rocha, DJ 16-8-1993, p. 15973); "Os juros compensatórios destinam-se a ressarcir, no caso, pelo impedimento do uso e gozo econômico do imóvel, constituindo solução pretoriana para cobrir os lucros cessantes, como parcela indissociável da indenização, ressarcindo o impedimento de usufruição dos frutos derivados do bem. Integrando, pois, a indenização reparando o que o proprietário deixou de lucrar. Assim, descabe cumular os juros compensatórios com lucros cessantes" (STJ, 1ª T., REsp n. 39.842/SP, v. u., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 30-5-1994, p. 13455); "Administrativo. Servidão de passagem. Juros compensatórios e lucros cessantes. Cumulatividade descabida. I - Impossível cumular, em ação de constituição de servidão administrativa, a condenação de juros compensatórios com lucros cessantes, sob pena de 'bis in idem', visto que aqueles se destinam a compor o patrimônio do proprietário indenizando-o dos lucros que deixou de auferir em razão da servidão" (STJ, 1ª T., REsp n. 78.474-BA, m. v., rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 30-9-1996, p. 36.594); "A incidência de juros compensatórios limita-se às ações de desapropriação e não podem ser cumulados com lucros cessantes, sob pena de *bis in idem*. Precedentes" (STJ, 2ª T., REsp n. 662-859/SP, v. u., rel. Min. Castro Meira, DJ 13-6-2006, p. 262). O TRF-1ª Reg., 4ª T., decidiu que os juros compensatórios são devidos, pois visam indenizar a expropriada pelo "apossamento prematuro da coisa"; que eles equivalem aos lucros cessantes e são devidos a partir da data da imissão de posse, determinada pelo Juiz, no percentual de 12% a. a. (Ac 1998.39.01.001151-4/PA, v. u., rel. Des. Hilton Queiroz, DJ 16-1-2006, p. 19). Também o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já decidiu que, de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, na desapropriação direta, o cabimento dos lucros cessantes limita-se às hipóteses de comprovada exploração econômica do imóvel desapropriado, e, por outro lado, identifica-os com os próprios juros compensatórios, devidos desde a imissão de posse (TJPR, 4ª Câmara Cível, apelação cível e reexame necessário n. 80.621-3, Curitiba, v. u., rel. Dilmar Kessler, j. 24-9-2003); e, ainda, ser impossível cumular em ação expropriatória a condenação de juros compensatórios com lucros cessantes, sob pena de *bis in idem*, visto que aqueles se destinam a compor o patrimônio do desapropriado, indenizando-o dos lucros que deixou de auferir em razão da expropriação (TJPR, 4ª Câmara Cível, AC n. 150.118-4, São Mateus do Sul, v. u., rel. Des. Idevan Lopes, j. 28-4-2004). Disponíveis em <<file://A:\Poder%20Judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ-22633.htm>>. Acesso em 22-2-2006.

mediante as atividades da sua fábrica de embalagens. Acrescentou não se tratar de caso de um proprietário de matas que se vê despojado do direito de cortar e comercializar a madeira de que dispõe, hipótese esta atendida pela simples concessão dos compensatórios. No caso, a proprietária, além de ter ficado impedida de cortar e vender a madeira que possuía, deixou também de realizar todo o beneficiamento que essa matéria-prima lhe facultaria, dando-lhe condições de transformá-la em outros produtos cujo valor intrínseco era muito superior ao do simples preço da madeira bruta. Argumentou no sentido de que os lucros resultantes do processamento industrial e da manufatura da madeira não estão incluídos nos juros compensatórios, e que, por isso, eles merecem apuração própria e distinta, para que sejam indenizados. Sustentou que o direito que autoriza a concessão dessa parcela indenizatória fundamenta-se nos arts. 1.060, 1.188 e 159 do Código Civil de 1916<sup>907</sup>.

Como bem ressaltou o Min. Marco Aurélio, ao proferir voto no julgamento do RE 123.192-1/PR:

se a pessoa jurídica desapropriante entra na posse do imóvel antes do pagamento da indenização, é mister satisfazer juros compensatórios que, por sinal, só correspondem aos prejuízos sofridos pelo proprietário no campo da ficção jurídica. Os citados juros visam, na verdade, a compensar o fato de o desapropriado perder, de imediato, a posse do imóvel, não ocorrendo, concomitantemente, a satisfação da verba indenizatória que a própria Carta refuta como prévia e justa. Na verdade, deixa ele de contar com a pontencialidade econômico-financeira inerente ao imóvel e, em contrapartida, não tem à disposição o valor devido em decorrência do ato desapropriatório. Daí a inviabilidade de perquirir-se, como fez a Corte de origem, da rentabilidade em si do imóvel ocupado. Na espécie, não se está no campo estrito dos lucros cessantes, mas da compensação que, tanto quanto possível,

---

<sup>907</sup> Cf. consta do voto do Min. Milton Luiz Pereira, no REsp n. 39.842-8/SP. Todavia, o acórdão concluiu que: "Os juros compensatórios destinam-se a ressarcir, no caso, pelo impedimento do uso e gozo econômico do imóvel, constituindo solução pretoriana para cobrir os lucros cessantes, como parcela indissociável da indenização, ressarcindo o impedimento de usufruição dos frutos derivados do bem. Integrando, pois, a indenização reparando o que o proprietário deixou de lucrar. Assim, descabe cumular os juros compensatórios com lucros cessantes", STJ, 1ª T., v. u., DJ 30-5-1994, p. 13455.

deve ser ampla e abrangente e que decorre da perda aludida sem o pagamento da justa indenização<sup>908</sup>.

O Min. Demócrito Reinaldo, no julgamento do REsp n. 78.474/BA, relatado pelo Min. César Rocha, ao pedir esclarecimentos, deixou ressaltado que:

Se um órgão público qualquer expropriar uma usina que tenha finalidades diversas, como, por exemplo, uma usina de açúcar - como usinas chamamos quaisquer outros conjuntos de maquinaria para efeito de construção de determinados objetos -, vamos supor que tanto o imóvel como essa usina sejam desapossados através da imissão provisória na posse, esses juros compensatórios substituem também os lucros cessantes? E essas máquinas, paralisadas durante dias, meses, anos, que poderiam estar produzindo? Esses lucros cessantes sofreriam compensação pelo simples desapossamento por meio de pagamento dos juros compensatórios? Acho que as figuras jurídicas são diversas, têm finalidades diferentes, não significam a mesma coisa, os objetivos são diversos: um é para compensar exatamente aqueles lucros cessados com um simples desapossamento, o outro é para compensar o desapossamento em si. Digamos que há uma propriedade que não tenha produtividade de absolutamente nada, mas, no momento em que houve a desapropriação e a imissão na posse, os juros compensatórios são devidos; nas propriedades que tenham outros acréscimos, outros acessórios que produzem, os lucros cessantes têm que ser compensados<sup>909</sup>.

A Min. Eliana Calmon, ao relatar o REsp n. 445.843/SP, concluiu que:

---

<sup>908</sup> A Ementa está assim redigida: "Desapropriação. Imissão de posse imediata. Juros compensatórios. Imóvel não edificado. Irrelevância. Os juros compensatórios não guardam relação exata com os lucros cessantes. Objetivam mitigar os prejuízos que resultam do desapossamento imediato e do fato de o desapropriado não contar, desde logo, com a justa indenização que, por norma de estatuta maior, há de ser prévia. Por não decorrerem da utilização comercial do imóvel, prescindem da existência de benfeitorias. Precedentes: recurso extraordinário n° 85.704-MG, Primeira Turma, relatado pelo Ministro Rodrigues Alckimin, cujo acórdão foi publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência n° 83/267 e recurso extraordinário n° 91.617-SP, Segunda Turma, relatado pelo Ministro Cordeiro Guerra, com acórdão veiculado na Revista Trimestral de Jurisprudência n° 92/1389" (STF, 2. T., RE 123191-1/PR, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17-6-94, s/p., Ementário n. 1749-3, p. 471). Entretanto, em decisão mais antiga, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que: "Desapropriação. Não verificada a preempção ou preferência, art. n. 1.150 do C. Civil, responderá o desapropriante pelas perdas e danos. Neles não se incluem lucros cessantes, pois as perdas e danos se limitam ao valor do bem por ocasião da execução da sentença, deduzida a importância anteriormente recebida como pagamento da indenização, ou posta a disposição do expropriado para esse fim. Recurso extraordinário conhecido e parcialmente provido" (STF, 2ª T., RE 80845/PR, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 2-9-1975, DJ 31-10-1975, p. 07915; RTJ, v. 07503, p. 921).

<sup>909</sup> STJ, 1ª T., REsp n. 78.474-BA, m. v., rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 30-9-1996, p. 36.594.

os juros compensatórios são devidos pela limitação no uso da propriedade, tendo como objetivo recompor a renda do capital que representa o bem e, por isso, devem ser computados da data da ocupação até a data do pagamento da indenização. Diferentemente do que entendeu o Tribunal de origem, a inexistência de efetivo prejuízo não afasta o direito a juros compensatórios, mas a lucros cessantes que, em tese, seriam devidos<sup>910</sup>.

Por isso, entendemos que os juros compensatórios não devem equivaler ou corresponder ao lucro cessante. Eles deveriam corresponder tão-só ao pagamento devido pelo expropriante pela ocupação do bem, quando obtida imissão antes do pagamento da indenização justa. Funcionariam como o pagamento de um aluguel; consistiriam em uma compensação pela posse antecipada do bem, antes do pagamento da indenização. Para facilitar a apuração de seu cálculo, a lei fixaria um percentual. Já, quando a perda da posse acarretasse lucro cessante ao expropriado, e sua ocorrência fosse demonstrada na ação expropriatória, o valor correspondente a ele deveria integrar a indenização expropriatória, mesmo quando nela já tivessem sido computados juros compensatórios.

Melhor seria que a lei estabelecesse o pagamento de juros compensatórios quando ocorresse de o Poder expropriante ser imitado na posse do bem, antes do pagamento da justa indenização. Seriam devidos a título de retribuição ou compensação pelo uso e gozo de bem alheio pelo expropriante, antes do pagamento da indenização justa e prévia, conforme exigido pela Constituição Federal. É que, com a imissão provisória na posse, obtém o Poder expropriante a vantagem de poder usufruir do bem antes de efetivar a justa indenização e, conseqüentemente, de adquirir a propriedade do bem. Por isso, essa vantagem deve ser compensada mediante o pagamento dos juros

---

<sup>910</sup> STJ, 2ª T., REsp n. 445.843-SP, v. u., rel. Min. Eliana Calmon, DJ 16-11-2004, p. 229. No tocante à questão, consta da Ementa redigida, que: "2. Os juros compensatórios são devidos pela limitação no uso da propriedade e têm como objetivo recompor a renda do capital que representa o bem; como o pagamento não se dá imediatamente com a ocupação, por tal razão devem ser computados da data do apossamento até a data do efetivo pagamento. O direito aos juros compensatórios não guardam relação direta com a existência de efetivo prejuízo, havendo, em tese e por tal razão, direito a lucros cessantes. Súmula 56/STJ".

compensatórios, que devem ser fixados por meio de percentual previamente definido em lei, decorrendo tão-somente da fruição do bem pelo expropriante antes do pagamento da indenização justa fixada pelo juiz na sentença da ação expropriatória. Portanto, seriam devidos ainda que, iniciada a desapropriação, o proprietário não estivesse usando ou explorando o bem.

Por outro lado, quando a imissão provisória impedisse o proprietário de continuar auferindo os frutos que normalmente eram produzidos pelo bem, ocorrendo a cessação do lucro obtido com seu uso ou exploração, esse prejuízo, desde que provado e apurado seu *quantum*, deveria ser ressarcido. Tal prejuízo corresponderia ao lucro cessante, cujo valor passaria também a integrar o preço da justa indenização.

No caso de juros compensatórios, não há necessidade de comprovar o prejuízo suportado, já que eles decorrem apenas da perda antecipada da posse<sup>911</sup>, e vêm sendo fixados em 12% ao ano, nos termos da

---

<sup>911</sup> Nesse sentido, apesar de entender danos emergentes e lucros cessantes como expressões equivalentes, já decidiu o STJ, no REsp n. 7.050/PR, que "Desapropriação. Juros compensatórios. Lucros cessantes. Desnecessidade de se comprovar os lucros cessantes, pois o dano é inerente ao desapossamento do bem". STJ, 1ª T., REsp n. 7.050/PR, rel. Min. Garcia Vieira, DJ 20-5-1991, p. 6511. Também o TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2000.36.00.000026-9/MT, rel. des. Tourinho Neto, decidiu que "São devidos juros compensatórios, ainda que o imóvel nada produza. Entendimento tranqüilo dos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Teimosia inócua do INCRA em querer rebelar-se ao pagamento. É certo que o § 2º do art. 15-A do Decreto-Lei 3.365, de 21-6-1941, dispõe que: 'Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero', ou seja, ser improdutivo. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, suspendeu por inconstitucionalidade, esse parágrafo, ao julgar a ADI 2.332-2/DF-MC, relator Ministro Moreira Alves, sessão de julgamento de 5-9-2001 (DJ 2-4-2004)", DJ 16-12-2005, p. 19; decidiu, ainda, que "Os juros compensatórios são devidos ainda que o imóvel seja improdutivo. Devem ser fixados à base de 12% ao ano (Súmula 618 do STF), a partir da imissão na posse, incidindo sobre o valor total da indenização (Súmula 113 do STJ), porque anterior à MP n. 1.577/97" (AC 2003.01.00.022655-1/BA, rel. des. Cândido Ribeiro, DJ 28-4-2006, p. 54-55). Em sentido contrário, entendendo que "os juros compensatórios somente são devidos quando restar demonstrado que a exploração econômica foi obstada pelos efeitos da declaração expropriatória, pois não são indenizáveis meras hipóteses ou remotas potencialidades de uso e gozo" (STJ, REsp 108.896/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 30-11-90); e que, "de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, na desapropriação direta, o cabimento de lucros cessantes limita-se às hipóteses de comprovada exploração econômica do imóvel desapropriado, e, por outro lado, identifica-os com os próprios juros compensatórios, devidos desde a imissão de posse" (TJPR, 4ª Câmara Cível, AC e Reexame necessário n. 80.621-3 - Curitiba, v.u., rel. des. Dilmar Kessler, j. 24-9-2003. Disponível em <<file:///A:\Poder%20Judiciário%20-%20ESTADO%20do%20PARANÁ-22633.htm>>. Acesso em 22-2-2006).

Súmula 618 do STF<sup>912</sup>. No caso de lucros cessantes, entendemos que são necessárias a comprovação de sua ocorrência e a apuração do seu *quantum*, para que possam ser ressarcido.

O egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu suspender a expressão "de até 6%", constante no artigo 1º da Medida Provisória n. 1.577/97, que introduziu o artigo 15-A no Decreto-lei n.3.365/41, bem assim suspendeu cautelarmente seus §§ 1º e 2º, que determinam que os juros compensatórios se destinam, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelos proprietários, e que ele não serão devidos quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero. O termo inicial na contagem dos juros compensatórios é a partir da imissão de posse, o que se encontra consolidado na parte inicial do Enunciado 113 da Súmula do STJ, a qual, embora anterior à Medida Provisória, ainda prevalece ante o entendimento do Supremo Tribunal Federal na referida ADIn<sup>913</sup>.

---

<sup>912</sup> Súmula 618 do STF: "Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano". No mesmo sentido a Súmula n. 110 do extinto TFR. O STJ já decidiu que: "1. Os juros compensatórios, criação da jurisprudência para compensar o proprietário pelo desapossamento da sua propriedade, sempre foi fixado em 12% (doze por cento) a/a. - Súmula 110 do extinto TFR e Súmula 618/STF. 2. Medida Provisória que fixou em 6% (seis por cento) a/a os juros compensatórios, tendo o STF suspenso, em caráter cautelar, a diminuição do percentual", (STJ, 2ª T., REsp 308816/RN, m. v., rel. p/ o ac. Min Eliana Calmon, DJ 14-1-2002, p. 201). Também o TRF-1ª Reg., 4ª T., decidiu que os juros compensatórios fixados em 12% ao ano, devendo incidir sobre a diferença entre 80% do valor da oferta e a condenação, devidamente atualizados. Liminar do STF na Adin 2332-2/DF. Precedentes desta Turma (AC 1999.38.00.038082-0/MG, v. u., rel. des. Carlos Olavo, DJ 7-7-2005, p. 20).

<sup>913</sup> TJGO, 4ª Câmara Cível, 9099-0/195 - Duplo grau de jurisdição, rel. des. Kisleu Dias Maciel Filho, DJ 17-5-2005, s/p. No mesmo sentido, já se decidiu que, "Em face do decidido pelo eg. Supremo Tribunal Federal, na ADIn(MC) n. 2.332-2, os juros compensatórios são devidos à taxa de 12% ao ano, sobre a diferença apurada entre 80% do preço ofertado na petição inicial e o valor da indenização fixada ao final, a contar da imissão na posse (TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 2005.01.00.025998-9/GO, rel. des. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 16-5-2006, p. 63). "Incidem sobre as verbas indenizatórias, nas desapropriações diretas por utilidade ou necessidade pública, juros compensatórios de 12% ao ano, desde a imissão provisória na posse" (TJGO, 2ª Câmara Cível, AC 55606-4/188, rel. des. Marília Jungmann Santana, DJ 16-6-2003, s/p.). A definição do percentual de juros compensatórios se constitui em erro material, uma vez que são de 12% a.a. por concessão de liminar de inconstitucionalidade da MP que os reduziam para 6% (ADIN 2322-2, de 5-9-2001)" (TJRS, 4ª Câmara Cível, AC e reexame necessário n. 70004774329, v.u., rel. des. Wellington Pacheco Barros, DJ 17-12-2002, s/p.).

Assim, ao julgar a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.332-2/DF, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por maioria de votos, proferiu a seguinte

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Medida Provisória n. 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, na parte que altera o Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzindo o artigo 15-A, com seus parágrafos, e alterando a redação do parágrafo primeiro do artigo 27. Esta Corte já firmou o entendimento de que é excepcional o controle judicial dos requisitos de urgência e da relevância de Medida Provisória, só sendo esse controle admitido quando a falta de um deles se apresente objetivamente, o que, no caso, não ocorre. Relevância da arguição de inconstitucionalidade da expressão "de até seis por cento ao ano" no "caput" do artigo 15-A em causa em face do enunciado da súmula 618 desta Corte. Quanto à base de cálculo dos juros compensatórios contida também no "caput" desse artigo 15-A, para que não fira o princípio constitucional do prévio e justo preço, deve-se dar a ela interpretação conforme à Constituição, para se ter como constitucional o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença. Relevância da arguição de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 15-A, com fundamento em ofensa ao princípio constitucional da garantia do justo preço na desapropriação. Relevância da arguição de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação, no tocante à expressão "não podendo os honorários ultrapassar R\$151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)". Deferiu-se em parte o pedido de liminar, para suspender, no "caput" do artigo 15-A do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória n. 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão "de até seis por cento ao ano"; para dar ao final desse "caput" de interpretação conforme a Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença; e para suspender os parágrafos 1º e 2º e 4º do mesmo artigo 15-A e a expressão "não podendo os honorários ultrapassar R\$151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)" do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação.

Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização corrigido monetariamente (Súmula n. 113 do STJ). Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel (Súmula n. 69 do STJ). No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a

antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência (Súmula n.164 do STF)<sup>914</sup>. A base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença<sup>915</sup>.

Assim, tem-se entendido que os juros compensatórios são tradicionalmente estipulados no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, em que pese à edição das Medidas Provisórias 1.577 e 2.183, já que a redução prevista foi declarada inconstitucional pela Corte Magna (ADIN 2.332-2, rel. Min. Moreira Alves; e AG 373.872/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 4-2-2002), devendo a respectiva incidência ocorrer desde a imissão na posse até o dia do efetivo pagamento da indenização, considerando a diferença entre 80% (oitenta por cento) do valor ofertado em juízo e o valor fixado para a indenização (cf. Súmulas 618 do Supremo Tribunal Federal e 113 do Superior Tribunal de Justiça e a atual redação do artigo 15-A do DL 3365/41, consoante interpretação dada pelo STF no julgamento da ADIN 2332-3). Todavia, os juros devem ser calculados, até a data do laudo, pelo valor simples da indenização e, desde então, sobre o referido valor corrigido monetariamente. No que se refere à base de cálculo dos juros compensatórios, nos termos do artigo 15-A do DL 3.365/41, com a redação oferecida pela MP 2.183-56, de 24-1-01, o STF,

---

<sup>914</sup> O STJ, por sua 1ª Seção, ao julgar os embargos de divergência no REsp n. 100.588/SP, v. u., rel. Min. Garcia Vieira, decidiu que, em desapropriação, são cabíveis os juros compensatórios desde a época em que o proprietário foi impedido de usar e gozar do direito inerente ao imóvel, DJ 15-3-1999, p. 79. Nesse sentido, já decidiu o TJPR, 3ª Câmara Cível, proc. 028829-3, v. u., rel. Jesus Sarrao, j. 16-6-1998, entendendo que os juros compensatórios, para integrar o valor da condenação, incidem a contar da data de imissão na posse até a do efetivo pagamento, com correção monetária. Para ser encontrado o valor na data de imissão de posse, deflaciona-se o valor fixado no laudo pericial. Disponível em <<file:///A:\Poder%20Judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ23290.htm>>. Acesso em 22-2-2006. Também o TJGO, 4ª Câmara Cível, no duplo grau de jurisdição 9099-0/195, decidiu que o termo inicial da contagem dos juros compensatórios é a partir da imissão de posse, o que se encontra consolidado na parte inicial do Enunciado 113 da Súmula do STJ, a qual, embora anterior à medida provisória, ainda prevalece ante entendimento do Supremo Tribunal Federal na referida ADIN., DJ 17-5-2005, s/p. E, ainda, o TRF-1ª Reg., 4ª T., remessa ex-officio 91.01.13352-7/MG, rel. Selene Maria de Almeida, que os juros compensatórios incidem a partir da imissão na posse, à taxa de 12% a. a. (Súmulas 164/STF e 110/TRF), e são calculados, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização, e, desde então, sobre o referido valor corrigido monetariamente (Súmula 74/TRF), DJ 8-3-1999, p. 68.

<sup>915</sup> Cf. decidiu o Pleno do STF no julgamento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 2.332-2/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJ 2-4-2004, p. 00366.



naquele mesmo julgamento (ADIN - Medida Liminar - n. 2332-3), concedeu liminar para dar, ao final do *caput* do artigo 15-A, interpretação conforme a Carta da República, de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença<sup>916</sup>.

Os juros compensatórios, na desapropriação, somente são devidos quando o valor da condenação é superior ao valor da oferta, conforme preceitua o art. 15-A, *caput*, do Decreto-lei n. 3.365/1941, com a redação da MP n. 2.183-56, de 24-8-2001<sup>917</sup>; se o valor da condenação é igual ao da oferta, não cabem juros compensatórios<sup>918</sup>; quando o valor da indenização é inferior ao preço ofertado na inicial (art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/1941), não incidem juros compensatórios<sup>919</sup>.

---

<sup>916</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2001.01.00.019920-0/MT, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 6-9-2002, p. 132. Nesse sentido, vem decidindo o TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1998.39.01.001151-4/PA, v. u., rel. des. Hilton Queiroz, que a base de cálculo dos juros compensatórios deve obedecer ao estipulado na ADIN 2332 (diferença apurada entre 80% do preço ofertado em Juízo e o valor da indenização fixado na sentença, DJ 16-1-2006, p. 19; e a 3ª T. do TRF-1ª Reg., no EDAC 1999.39.01.001387-1/PA, rel. des. Tourinho Neto, decidiu que os juros compensatórios fixados à razão de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da imissão na posse, calculados sobre a diferença eventualmente apurada entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado pelo INCRA e o valor do bem fixado na sentença, DJ 8-4-2005, p. 29. O TJMG, 2ª Câmara Cível, também decidiu que os juros compensatórios têm como base de cálculo o percentual correspondente a 80% da diferença apurada entre a indenização ofertada e o valor fixado, cujo termo inicial é o da data em que o expropriante foi imitado na posse (proc. 1.0701.01.011427-3/001-1, rel. des. Nilson Reis, DJ 9-6-2006, s/p). No mesmo sentido, o TJPR, 3ª Câmara Cível, decidiu que "juros compensatórios devidos de acordo com os ditames da medida provisória n. 1.774-20 de 14-12-98 (com sucessivas revigorações). Medida provisória suspensa liminarmente pela ADIN n. 2332-2, interposta pelo Conselho Federal de Advocacia. Juros compensatórios fixados em 12%, tendo como base de cálculo a diferença eventualmente apurada entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença monocrática", proc. n. 175613-0, v. u., rel. Abraham Lincoln Calixto, j. em 22-11-2005, Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br/csp/juris/listacordao.csp?flag=224333&job=441&nro=1&sen=pro>>. Acesso em 30-5-2006. Na doutrina, Moraes Salles, analisando o art. 15-A, sob o ângulo dos juros compensatórios, e com apoio em entendimento de Theotônio Negrão, afirma que continua em vigor a Súmula 618 do STF, que estabelece em 12% ao ano a taxa dos juros compensatórios, tanto na desapropriação direta como na indireta. E que esse percentual deverá incidir sobre a diferença entre a oferta e a indenização fixada na sentença, ambas corrigidas monetariamente, como tem sido estabelecido pela jurisprudência. Op. cit., p. 586.

<sup>917</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1998.33.00.023211-6/BA, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 22-10-2004, p. 28.

<sup>918</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1997.43.00.000215-0/TO, v. u., rel. des. Tourinho Neto, DJ 23-9-2005, p. 3. No mesmo sentido, TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1997.36.00.005380-1/MT, rel. des. Carlos Olavo, concluindo que, "correspondendo a indenização fixada ao valor do depósito inicial, fenecem razões jurídicas para a incidência de juros compensatórios, recaindo os juros moratórios sobre o valor remanescente do levantamento do preço ofertado", DJ 1-8-2003, p. 27.

<sup>919</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1999.01.00.029969-2/AC, v. u., rel. des. Cândido Ribeiro, DJ 30-6-2006, p. 16; e no julgamento da AC 2001.01.00.032800-5/TO, rel. des. Cândido Ribeiro, DJ 28-4-2006, p. 53.

Por outro lado, mesmo não tendo sido requerida ou deferida imissão provisória no bem, pode acontecer de a desapropriação, por si só, esvaziar o conteúdo econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem. Nesse caso, o lucro cessante suportado pelo proprietário também deve ser indenizado.

Hipótese que retrata a questão foi discutida no REsp n. 108.896/SP, no qual, embora não tivesse ocorrido o apossamento administrativo nem a imissão do expropriante na posse do imóvel, com a criação da "Estação Ecológica Juréia-Itatins", por meio do Decreto Estadual n. 26.717, de 6-2-1987, foram totalmente vedados o uso, o gozo e a livre disposição da área por parte de seus legítimos proprietários, suprimindo inteiramente seu valor econômico. Todavia, no seu julgamento, entendeu-se que o "decreto expropriatório, por si, não opera impedimento ao uso e gozo da propriedade. Inexistência de concreta exploração econômica anterior para ser compensada por juros compensatórios. Não são indenizáveis hipóteses de aproveitamento. Convencimento assentado no exame de provas, feito nos limites da soberania reservada às instâncias ordinárias, não se expõe à via Especial (Súmula 7/STJ)", não conhecendo do recurso<sup>920</sup>.

O Min. Humberto Gomes de Barros, ao proferir seu voto no REsp 60.070/SP, entendeu que, no caso, o tombamento da área impediu a utilização do bem segundo sua natural destinação, e que, portanto, seriam devidos juros compensatórios. Extrai-se do voto proferido que:

Efetivamente, a criação da reserva florestal não importou em apossamento administrativo, no entanto, esvaziou o conteúdo econômico da

---

<sup>920</sup> STJ, 1ª T., REsp n. 108.896/SP, m. v., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 30-11-98, p. 49. O voto vencido proferido pelo Min. José Delgado foi no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso, para reconhecer os juros compensatórios devidos desde a edição da norma que impôs a limitação administrativa geradora da indenização reconhecida pelo acórdão, solução a nosso ver mais acertada.

propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem, consistente no direito de efetuar desmatamento, loteamento e a exploração dos recursos naturais da terra. Portanto, a restrição de uso não cingiu-se [sic] a mera limitação parcial do imóvel, impôs total interdição do aproveitamento econômico da área. Assim, impõe-se a indenização, acrescida de juros compensatórios, em razão do prejuízo sofrido pelos proprietários, pois o tombamento da área impediu a utilização do bem segundo sua natural destinação<sup>921</sup>

Também no julgamento do REsp 220983/SP, que teve como relator o Min. José Delgado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental e esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, devendo a indenização corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem<sup>922</sup>.

---

<sup>921</sup>A Ementa foi assim redigida: "Desapropriação indireta. Criação de reserva florestal. Restrição de uso de propriedade particular. Indenização. Juros compensatórios. Prescrição. 1. A ação de desapropriação indireta é de natureza real. Ela não se expõe à prescrição quinquenal (Súmula 119). O titular do domínio agredido pela desapropriação indireta - enquanto não ocorrer usucapião - tem ação para pleitear ressarcimento. 2. A criação da reserva florestal 'Parque Estadual da Serra do Mar' não importou em apossamento administrativo, no entanto, esvaziou o conteúdo econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem. 3. Os juros compensatórios integram a indenização e são devidos a contar da interdição do uso do imóvel, computados cumulativamente com os juros moratórios a partir do trânsito em julgado da decisão (Súmula 12)". STJ, 1ª T., REsp 60.070-7/SP, v. u., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 22-11-1993, p. 24.902. Também, no julgamento dos embargos de divergência no REsp n. 100.588/SP, ao proferir seu voto, o Min. Garcia Vieira, relator, destacou que, no caso, "embora não tenha havido a imissão de posse provisória, com a criação da estação ecológica, houve interdição de uso da propriedade do expropriado nele incluída. Neste sentido, os REsp ns. 117.605-SP, julgado no dia 19-2-98, do qual fui relator; 34.006-1-SP, DJ de 22-11-93, relator, Ministro Gomes de Barros; 60.675-6-SP, DJ de 19-6-95; 18.336-0-SP, DJ de 4-5-92, dos quais fui relator; 102.495-SP, DJ de 9-12-96, relator, Ministro Milton Luiz Pereira; 20.213-SP, DJ de 16-11-92, relator, Ministro Demócrito Reinado e 39.842-8-SP, DJ de 30-5-94, relator, Min. Milton Luiz Pereira". STJ, 1ª Seção, EREsp n. 100.588/SP, v. u., Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 15-3-1999, p. 79. E, ainda, no julgamento do REsp n. 39.842-8/SP, o STJ, 1ª T., decidiu que: "O Poder Público pode criar Parques (art. 5º, Lei 4.771/65), ficando resguardado o direito de propriedade, com a conseqüente reparação patrimonial, quando ilegalmente afetado. As 'limitações administrativas', quando superadas pela ocupação permanente, vedando o uso, gozo e livre disposição da propriedade, desnaturam-se conceitualmente, materializando verdadeira desapropriação. Impõe-se, então, a obrigação indenizatória justa e em dinheiro, espancando mascarado 'confisco'", DJ 30-5-194, p. 13455. Por outro lado, já se decidiu que as máquinas e utensílios utilizados na fabricação de tijolos não são indenizáveis, quando possam ser retirados pelo proprietário por ocasião da desapropriação, sem perda do seu valor econômico, TJPR, 3ª Câmara Cível, proc. 028829-3, Colorado, v. u., rel. Jesus Sarrao, j. 16-6-1998. Disponível em <<file://A:\Poder%20judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ23290.htm>>. Acesso em 22-2-2006.

<sup>922</sup> STJ, 1ª T., REsp 220983/SP, v. u., rel. Min. José Delgado, DJ 25-9-2000, p. 72, e RSTJ, v. 140, p. 97.

Como corretamente observado por João Batista Gomes Moreira<sup>923</sup>, no Brasil é freqüente a ocorrência de intervenção na propriedade sem prévio processo, sob a forma de limitação administrativa, que, não raro, transborda os limites razoáveis desse instituto, resultando em severas restrições de direitos e interesses individuais. Acrescenta que:

Convencionou-se que a limitação administrativa, como ato lícito da Administração, não dá ensejo à indenização, salvo se acarreta dano anormal e especial, exigindo-se a presença dos dois requisitos, simultaneamente. Dano anormal é o que atinge significativamente a utilidade ou valor do bem. Especial é a restrição imposta a proprietários específicos dentro do conjunto maior de beneficiados pela medida. Mas a Administração dificilmente reconhece essa situação, que, de fato, muitas vezes mostra-se ambígua, restando ao particular a única possibilidade de ingressar com posterior ação de indenização. Desapropriação indireta ocorre em certas espécies de tombamento e de limitação à exploração de florestas. É freqüente também o alargamento de estrada para pavimentação, que os proprietários de terras aceitam pacificamente num primeiro momento, em face do benefício que lhes representa a obra pública, acontecendo numa espécie de compensação tácita com a contribuição de melhoria que poderia ser instituída.

Luiz Antonio Scavone Junior<sup>924</sup>, mesmo ressaltando a posição dos tribunais, no sentido de que não cabe a aplicação de juros compensatórios no caso de ausência de imissão na posse, por não haver ocorrido privação do capital apta a ensejar a cobrança de juros (RTFR 153/93), defende que, para o expropriado, a privação já ocorre a partir da declaração de utilidade pública promovida pelo chefe do Poder Executivo, nos termos dos arts. 2º e 6º do Decreto-lei 3.365/41. Entende que, a partir do decreto expropriatório, o expropriado - que assim já é designado - não possui mais, plenamente, um dos atributos da propriedade: a disposição. Isso porque, ante a absoluta dificuldade imposta para o recebimento da justa indenização (*ex vi* a Emenda Constitucional

---

<sup>923</sup> Intervenção do Estado na propriedade e no domínio econômico. In *Desapropriação: doutrina & jurisprudência*. Coord. des. Olindo Menezes, Brasília: TRF-1ª Reg., 2005, p. 64.

<sup>924</sup> *Juros no Direito Brasileiro*. Atualizado com a EC n. 40, de 29-5-2003, e com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89.

30), o expropriado dificilmente encontrará interessados na aquisição do bem.

Finalmente, são perfeitamente cumuláveis os juros compensatórios com os juros moratórios, já que possuem natureza e destinação diversas<sup>925</sup>. Observa Carvalho Filho<sup>926</sup> que, quando o expropriante tiver sido imitado antecipadamente na posse do bem e, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, demorar a pagar a indenização, deverá ele, expropriante, arcar com o pagamento cumulativo dos juros de mora e dos compensatórios<sup>927</sup>.

Na ação de desapropriação, os juros compensatórios representam a indenização devida pelo Poder expropriante por ter-se apossado do bem, passando a usufruí-lo antes que fosse ultimada a desapropriação e realizado o pagamento da indenização; ao passo que os juros moratórios incidem em decorrência da mora do devedor-expropriante, e têm natureza punitiva, razão pela qual podem ser cumulados, conforme enunciados das Súmulas ns. 12 e 102 do Superior Tribunal de Justiça<sup>928</sup>.

---

<sup>925</sup> Os chamados juros compensatórios consubstanciam criação jurisprudencial que visa a compensar a privação do uso da indenização desde o antecipado desapossamento sem o pagamento da prévia e justa indenização em dinheiro, assegurada na Constituição Federal. Os juros moratórios decorrem do simples fato da mora, independentemente da sua alegação e prova de prejuízo, cf. Joaquim de Almeida Baptista, *in* Os juros nas ações de desapropriação, Revista dos Tribunais, v. 546, p. 23-24. Em sentido contrário, R. Limongi França não admite a cumulação de juros moratórios com os compensatórios, porque, quando os primeiros se começam a dever, deixam de incidir estes últimos, pois não é curial que se abonem acessórios a quem não é mais dono do principal. Op. cit., p. 211.

<sup>926</sup> Op. cit., p. 704.

<sup>927</sup> Em sentido contrário Maria Sylvia Zanella Di Pietro, mesmo registrando que a jurisprudência tem entendido que eles são cumuláveis, defende que os juros moratórios deverão incidir a partir da imissão na posse até o momento em que ocorre o trânsito em julgado da sentença que homologa o cálculo da indenização; nesse momento, o valor total da indenização já está calculado, com todas as parcelas que o compõem; sobre esse valor incidirão apenas a correção monetária e os juros moratórios devidos pela demora no pagamento. Op. cit., p. 186.

<sup>928</sup> Cf. TJMG, que complementa, "como os pressupostos são diversos, tem-se que é viável a cumulatividade dos juros moratórios e compensatórios. Na verdade, é possível, como, aliás, freqüentemente ocorre, que o expropriante se tenha imitado antecipadamente na posse do bem e que demore a pagar a indenização após o trânsito em julgado. Logicamente o expropriante, nessa hipótese, deverá arcar com o pagamento cumulativo dos juros de mora e dos compensatórios" (proc. 1.0313.04.136659-9/001(1), rel. Gouvêa Rios, DJ 17-6-2005, s/p.). Nesse sentido: "Desapropriação. Indenização. Cumulação de juros compensatórios e moratórios. Nas ações da espécie, a cumulação das duas verbas é admissível, de vez que são distintos os seus fundamentos. Os moratórios são devidos pelo atraso no pagamento da indenização. Os compensatórios resultantes de criação pretoriana, destinam-se a cobrir lucros cessantes, nos casos de ocupação antecipada do imóvel pelo Poder Público", STJ, 2ª T., REsp n. 2.120-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 23-4-90, p. 3218; RSTJ, v. 12, p. 357; "Desapropriação. Juros

Arnaldo Rizzardo<sup>929</sup> distingue os juros moratórios, que ou são os previstos para o caso de mora, ou constituem pena imposta ao devedor pelo atraso no adimplemento da prestação, dos juros compensatórios ou remuneratórios, que têm a função básica de remunerar o capital mutuado, equiparando-se aos frutos.

O STJ já decidiu que os juros compensatórios não configuram, como os moratórios, a objetiva remuneração do capital, mas o valor indenizatório pecuniário devido pela antecipada perda do uso e gozo decorrente do apossamento de bem expropriado pela Administração Pública. Integram, pois, a indenização pela perda da propriedade do bem expropriado. O imposto incidente sobre a "renda e os proventos de qualquer natureza" alcança a "disponibilidade nova", inexistente na desapropriação causadora da obrigação de indenizar pela perda de direitos (da propriedade), reparando ou compensando pecuniariamente os danos sofridos, sem aumentar o patrimônio anterior ao gravame expropriatório. Não ocorre a alteração da capacidade contributiva. Os juros moratórios, na desapropriação, também integram a indenização. A título de incidência do Imposto de Renda é ilegal a retenção na fonte de parcelas

---

compensatórios. Juros moratórios. Cumulação. Os juros compensatórios de 12% ao ano, da desapropriação direta e indireta (Súmula 618 do STF) são devidos desde a antecipada imissão de posse (Súmulas ns. 74 do extinto TFR e 164 do STF), como compensação ao expropriado pela perda antecipada da posse de sua propriedade, e são acumuláveis com os juros moratórios de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença final que fixa a indenização, que resultam da demora no pagamento", STJ, 1ª T., REsp. n. 3.147-SP, rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27-8-1990, p. 8319.

<sup>929</sup> Quanto aos juros moratórios, cita, ainda, explicação de Carlos Alberto Bittar, no sentido de que: "Aos juros moratórios ficam sujeitos os devedores inadimplentes, ou em mora, independentemente de alegação de prejuízo. Defluem, portanto, conforme a lei, pelo simples fato da inobservância do prazo para o adimplemento, ou, não havendo, da constituição do devedor em mora pela notificação, protesto, interpelação, ou pela citação em ação própria, esta quando ilíquida a obrigação", *in Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: FU-Forense Universitária, 1994, v. 1, p. 419. E, quanto aos juros compensatórios, cita os fundamentos apresentados por Francisco Cláudio de Almeida Santos, no sentido de que eles representam um valor que se paga para a aquisição temporal da titularidade do dinheiro. Constituem eles um preço devido pela disponibilidade do numerário, durante certo tempo. *In Os juros compensatórios no mútuo bancário. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 2, p. 70. *In Op. cit.*, p. 54.

correspondentes aos juros compensatórios e moratórios integrativos do "justo preço" do bem expropriado<sup>930</sup>.

Os juros de mora não indenizam, não compensam, não retribuem, não lucram. São devidos, apenas, por mora do devedor<sup>931</sup>. Os juros moratórios consoam com o interesse de resguardar a pontualidade no cumprimento da sentença<sup>932</sup>.

De acordo com o art. 15-B, da Lei de Desapropriações, acrescentado pela Medida Provisória 2.183-56/2001, art. 1º, de 24-8-2001, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, 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 6% (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.

Assim, outro item constitutivo do justo preço são os juros moratórios, devidos em razão do atraso no pagamento da indenização, no percentual de 6% (seis por cento) ao ano (arts. 1.062 e 1.063, Código Civil), contados, tradicionalmente, a partir do trânsito da sentença em julgado (Súmulas n. 70 - TFR e n. 70 - STJ). Entretanto a MP n. 1.901-30, de 24-9-1999 (posteriormente reeditada pela MP n. 2.183-56, de 24-8-01), alterou o termo inicial da aplicação deste item, dispondo, ao incluir o art. 15-B do DL 3365/41, que somente serão devidos "a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da

---

<sup>930</sup> STJ, 1ª T., REsp 82.419/SP, v. u., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 26-8-1996, p. 29645.

<sup>931</sup> Cf. Joaquim de Almeida Baptista, op. cit., p. 27.

<sup>932</sup> Cf. TRF-1ª Reg., 4ª T., AC n. 1997.01.00.034343-9/MT, v. u., rel. Hilton Queiroz, DJ 10-9-1999, p. 369.

Constituição"<sup>933</sup>. A Súmula 70 do STJ, anterior às referidas Medidas Provisórias, dispôs que os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença.

Entende Moraes Salles<sup>934</sup> ser absurdo fixar o termo inicial da mora do expropriante no dia "1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito", como determina o *caput* do art. 15-B, porque isso significaria surrupiar do expropriado o período compreendido entre a data do trânsito em julgado e aquele referido dia 1º de janeiro, concluindo que a norma constante no art. 15-B, além de violar o princípio constitucional da justa indenização (inc. XXIV do art. 5º da CF), fere, também, o princípio da moralidade (art. 5º, LXXIII, e 37 do Estatuto Básico da República), não havendo, pois, como ser cumprida enquanto preceito de medida provisória, nem ser convertida em lei, nos termos do art. 62, § 3º, da Carta Magna.

Também Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>935</sup> diz que a disposição em causa é inconstitucional, já que provém de medida provisória não relevante nem urgente e, ademais, reiterada, o que é inadmissível, além de ofender o princípio da justa indenização, razão que o Judiciário muito provavelmente considerará merecedora de acolhimento.

Para Zanella Di Pietro<sup>936</sup> ficou revogada a Súmula n. 70 do STJ, em frente ao que determina o artigo 15-B, acrescentado ao Decreto-lei n. 3.365 pela Medida Provisória n. 2.183, de 2001.

---

<sup>933</sup> Cf. TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2001.01.00.019920-0/MT, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 6-9-2002, p. 132.

<sup>934</sup> Op. cit., p. 594-595.

<sup>935</sup> Op. cit., p. 818.

<sup>936</sup> Op. cit., p. 185.



Carvalho Filho<sup>937</sup> observa que o legislador alterou o pensamento dominante quanto ao termo inicial da contagem de juros, substituindo o trânsito em julgado da sentença pelo primeiro dia do ano subsequente àquele em que a indenização deveria ter sido paga, adotando critério que prejudica injustamente o expropriado, visto que considera a mora em momento bem posterior ao até então adotado. Ressalta, ainda, que a contagem dos juros moratórios a partir de 1º de janeiro alcança apenas as pessoas de direito público (pessoas federativas, autarquias e fundações autárquicas) sujeitas ao sistema de precatórios judiciais; não incidindo sobre as pessoas de direito privado habilitadas a propor a ação desapropriatória, tais como, sociedades de economia mista, empresas públicas e concessionários de serviços públicos, continuando o termo *a quo* da contagem dos juros moratórios a ser o do trânsito em julgado da sentença. Reconhece que, ante o novo critério legal de contagem dos juros moratórios, fica prejudicada a Súmula n. 70 do STJ no que tange à desapropriação direta (comum) levada a efeito por pessoa de direito público".

A jurisprudência vem sendo construída no sentido de que os juros de mora são devidos, no percentual de 6% a.a., e deverão incidir somente a partir de 1º de janeiro do ano seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição<sup>938</sup>; os juros moratórios, a teor do que dispõe o art. 15-B, acrescentado ao Decreto-Lei n. 3.365/41 pela Medida Provisória n. 1.901-30, de 24-9-1999, atualmente sob o n. 2.183-56, de 24-8-2001, 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

---

<sup>937</sup> Argumenta, ainda, que a norma deixou margem à dúvida em duas hipóteses: se, tendo a sentença transitado em julgado no primeiro semestre, só no segundo foi apresentado o precatório de pagamento; se a sentença transitou no segundo semestre. Conclui que os termos do dispositivo parecem sugerir que se fará a partir de 1º de janeiro do segundo ano posterior àquele em que o pagamento deveria ser feito, em consonância com o sistema de precatórios adotado pelo art. 100, § 1º, da CF. Op. cit., p. 701-703.

<sup>938</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1998.39.01.001151-4/PA, v. u., rel. des. Hilton Queiroz, DJ 16-1-2006, p. 19.

do art. 100, da Constituição Federal<sup>939</sup>; juros moratórios devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, na forma do art. 15-B do Decreto-lei 3.365/41, com a redação da Medida Provisória 2.183-56/01<sup>940</sup>; havendo demora no pagamento da indenização, não sendo obedecido o prazo do § 1º do art. 100 da Constituição Federal, os juros moratórios são devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, de acordo com o art. 15-B, do Decreto-lei 3.365, de 21-6-1941, e não a partir do trânsito em julgado da sentença<sup>941</sup>; na desapropriação direta, os juros moratórios são devidos desde 1º de janeiro do exercício seguinte ao trânsito em julgado da sentença e devem ser fixados no percentual de 0,5% ao mês<sup>942</sup>; os juros moratórios incidem no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito<sup>943</sup>.

Já se decidiu que, inexistindo pagamento a ser feito via precatório, não são devidos juros moratórios<sup>944</sup>; que, quando a indenização for inferior à oferta<sup>945</sup> ou igual ao da oferta<sup>946</sup>, não são devidos juros moratórios.

Estabelecendo a possibilidade de, nas ações expropriatórias, incidirem juros moratórios sobre os compensatórios, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 102, com a seguinte redação: "A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei"<sup>947</sup>. O TRF-3ª Reg., por meio de sua 2ª Turma, vem

<sup>939</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 2005.01.00.025998-9/GO, v. u., rel. des. Italo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 16-5-2006, p. 63.

<sup>940</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., EDAC 1999.39.01.001387-1/PA, v. u., rel. des. Tourinho Neto, DJ 8-4-2005, p. 29.

<sup>941</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2000.36.00.000026-9/MT, v. u., rel. des. Tourinho Neto, DJ 16-12-2005, p. 19; e TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1998.33.00.016335-2/BA, rel. des. Tourinho Neto, DJ 11-11-2005, p. 22.

<sup>942</sup> TJMG, proc. 1.701.01.011427-3/001(1), rel. Nilson Reis, DJ de 9-6-2006, s/p.

<sup>943</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2003.01.00.022655-1/BA, rel. des. Cândido Ribeiro, DJ 28-4-2006, p. 54-55.

<sup>944</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1999.01.00.029969-2/AC, v. u., rel. des. Cândido Ribeiro, DJ 30-6-2006, p. 16.

<sup>945</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2001.01.00.032800-5/TO, v. u., rel. des. Cândido Ribeiro, DJ 28-4-2006, p. 53.

<sup>946</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1998.36.00.003137-3/MT, v. u., rel. des. Cândido Ribeiro, DJ 31-3-2006, p. 10.

<sup>947</sup> Nesse sentido decidiu o STJ, 1ª T., no REsp 10088-0/SP, v. u., rel. Min. Milton Luiz Pereira, que: "A cumulatividade dos juros compensatórios e moratórios está assentada pela jurisprudência sumulada, inclusive,

decidindo que: "Os juros de mora incidem sobre os juros compensatórios somente se houver anterior determinação judicial neste sentido, tendo em vista o disposto no art. 610 do Código de Processo Civil<sup>948</sup> .

É de se ressaltar que o art. 15-A do Dec.-lei n. 3.365/1941, acrescentado pela MP 2.183-56, de 24-8-2001, vedou o cálculo de juros compostos nas desapropriações. Essa parte final do dispositivo encontra-se em vigor, já que não foi objeto de questionamento na ADIn 2.332-2/DF.

Afirma Moraes Salles<sup>949</sup> que a introdução do art. 15-A no Dec.-lei 3.365/1941 (acrescido pela MP 2.183-56, de 24-8-2001), fato anterior à vigência do Código Civil de 2002, determinou a vedação do cálculo de juros compostos nas desapropriações (*caput* do referido artigo), de modo que ficou invalidada a Súmula 102 do STJ. Ressalta, ainda, que essa parte do dispositivo não foi atingida pela suspensão, por inconstitucionalidade, determinada pelo STF na ADIn 2.332-Medida Liminar, continuando em vigor.

Todavia, essa vedação prevista no art. 15-A do Dec.-lei n. 3.365/1941, no sentido de vedação de cálculo de juros compostos, só atinge aqueles juros que possuem a mesma natureza.

Nesse sentido, esclarece Carvalho Filho<sup>950</sup> que os juros de mora seriam compostos se incidisse o percentual sobre montante constituído

---

favorecendo que estes incidam sobre aqueles, sem a ocorrência do anatocismo. Incidência da STJ 12, 69, 70, 102 e 113", DJU 6-3-1995, p. 4317; e, também, que: "Desapropriação. Juros moratórios e compensatórios. Cumulatividade. Inocorrência de anatocismo. Súmulas 12 e 102/STJ. 1. Os juros moratórios e compensatórios são cumuláveis e a incidência daqueles sobre estes, na desapropriatória, não constitui anatocismo. 2. Jurisprudência sumulada", STJ, 1ª T., REsp 115.877-SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 2-2-1998, p. 70.

<sup>948</sup> TRF-3ª Reg., 2ª T., Agravo de Instrumento 1999.03.00.004631-5, v. u., rel. juiz Sérgio Nascimento, DJU 15-6-2001, p. 794

<sup>949</sup> Op. cit., p. 590.

<sup>950</sup> Op. cit., p. 704-705.

pelo capital somado à parcela anterior dos mesmos juros de mora. Isso, porém, não é o que ocorre com a cumulatividade de juros moratórios e compensatórios. Quando incidem os juros compensatórios sobre a indenização, a soma de tais parcelas corresponde ao valor real da indenização, ou seja, ao valor equivalente à perda da propriedade e à perda antecipada da posse. Por isso, nada mais coerente com a exigência constitucional de indenização justa do que o cálculo dos juros da mora ter como base de cálculo o valor correspondente à referida soma, defendendo que a mencionada Súmula do STJ (n. 102) continua inteiramente aplicável.

Já decidiu o STJ que a inclusão de juros moratórios na apreciação da remessa oficial, considerados implícitos no pedido, decorre de lei e podem ser considerados inclusive nos cálculos de liquidação, mesmo na hipótese de omissão da inicial ou no título sentencial. Demais, se a inclusão não malfere a coisa julgada, com maior razão se viabiliza no reexame decorrente do obrigatório duplo grau de jurisdição. Desconfiguração da *reformatio in pejus*<sup>951</sup>.

O parágrafo único do art. 25 do Dec.-lei n. 3.365/1941 prevê que o juiz poderá arbitrar quantia módica para desmonte e transporte de maquinismos instalados e em funcionamento. Máquinas instaladas são aquelas agregadas ao solo, que aderem ao prédio e que, ao serem removidas, demandam gastos, devendo estar em uso, em pleno funcionamento<sup>952</sup>.

Kiyoshi Harada<sup>953</sup> exemplifica que, às vezes, a imissão prévia de um prédio onde funciona uma fábrica deve preceder de desmonte e transporte de maquinários e equipamentos por pessoal especializado. Se o expropriado

---

<sup>951</sup> STJ, 1ª T., REsp 104.107/MG, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 29-6-1998, p. 29.

<sup>952</sup> Nesse sentido, Cretella Júnior que afirma que o transporte de matérias-primas ou de máquinas portáteis ou em desuso não é coberto pela expressão quantia módica, arbitrada pelo juiz. Op. cit., p. 245.

<sup>953</sup> Op. cit., p. 134.

requerer, pode o juiz arbitrar uma importância para fazer face a essas despesas. Interpreta que a expressão "quantia módica referida na lei" não implica diminuição do valor da justa indenização, uma vez que a importância resultante desse arbitramento é para ser colocada à disposição do expropriado por ocasião da imissão provisória.

Mesmo assim, entendemos que, quando o proprietário, de pronto, conseguir demonstrar os gastos advindos com o desmonte e transporte do maquinário em funcionamento, e for requerida imissão provisória na posse do bem, deverá o juiz incluir esses gastos no valor do depósito prévio. No caso de o proprietário não conseguir, de plano, demonstrá-los, poderá, durante a instrução da ação expropriatória, comprovar a despesa suportada, que deverá ser computada no preço da indenização fixada na sentença, na parcela referente aos acessórios.

Pontes de Miranda<sup>954</sup> argumenta que é de se repelir a expressão "quantia módica", já que o Estado, exercendo o direito de desapropriar o prédio em que está estabelecida a fábrica, obriga-se pela indenização prévia da desapropriação e pelo dano que a desapropriação causa ao desapropriado, pelo desmonte, transporte e reinstalação dos seus maquinismos. Aduz que, se o Estado pediu a desapropriação, sem mencionar o desmonte, o transporte e a reinstalação, a oferta do preço pode ser impugnada pelo demandado, na contestação, mas os avaliadores, ao procederem à avaliação, podem desde já prever as despesas de desmonte, transporte e reinstalação, incluindo-as na indenização. Ao juiz é dado mandar computá-las, de ofício.

---

<sup>954</sup> *Tratado de Direito privado: parte especial*. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, t. 14, p. 217-218.

Para Mário Roberto N. Velloso<sup>955</sup>, apesar de a redação utilizar o vocábulo "poderá arbitrar", tal não é poder discricionário do juiz; verificada a despesa pelo particular, impõe-se seu pagamento pelo expropriante. Entende que a reclamação por tal quantia deve fazer parte da impugnação do depósito inicial, por força do princípio da eventualidade, que rege a colocação de matérias na contestação. Não se exige, porém, que o expropriado tenha o valor exato da quantia módica a que alude o art. 25, parágrafo único, logo no início da demanda, já que somente com a situação concreta da mudança é que se vai apurar o custo do desmonte e transporte de maquinário. Defende que, mesmo não sendo módica a verba necessária ao desmonte, deve o expropriante arcar com ela.

R. Limongi França<sup>956</sup> entende que nem é necessário que se trate de maquinismos instalados e em funcionamento, bastando que o transporte seja necessário. Nem ainda que os objetos sejam "maquinismos", podendo ser, por exemplo, balcões e outros petrechos de uma casa comercial, bem assim móveis e utensílios de um lar doméstico.

Há decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido do descabimento de verba para reposição de despesa com a mudança para outro imóvel. Consta do voto do Ministro relator que:

Entretanto, esta Turma, sendo relator o eminente Ministro Djaci Falcão, decidiu: "Descabimento de verba destinada a despesas com aquisição de outro imóvel. *In casu*, trata-se de simples terreno urbano, sem edificação, enquanto nos casos trazidos a confronto havia laboratório e grande indústria instalados nos prédios expropriados. Inocorrência de dissídio jurisprudencial. Súmula 291". Do quanto exposto, resulta claro o acerto do parecer da douta Procuradoria-Geral da República. A jurisprudência desta Corte não admite a concessão de verba para fazer face a aquisição de novo imóvel, porque tal não

---

<sup>955</sup> *Desapropriação: aspectos civis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 79.

<sup>956</sup> *Op. cit.*, p. 217.

é previsto em lei, e porque o expropriado pode dar à indenização o destino que melhor lhe convier"<sup>957</sup>.

Quanto às benfeitorias, o § 1º do art. 26 da Lei de Desapropriação prevê que serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as úteis, quando feitas com autorização do expropriante. No caso da ação de desapropriação, é o proprietário que deverá ser indenizado pelas benfeitorias realizadas.

Afirma Cretella Júnior<sup>958</sup> que o legislador fez confusão, devendo-se ler declaração onde foi escrito desapropriação; o sentido do texto melhor se entende se se disser "serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a declaração de utilidade pública", e não, como está no texto: "serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação"<sup>959</sup>.

Também Mário Roberto Velloso<sup>960</sup> explica que, quando a lei fala em benfeitoria necessária feita após a desapropriação, entenda-se a realizada depois da publicação do decreto de desapropriação. Se a benfeitoria for considerada útil, exige-se autorização formal do expropriante para viabilizar sua indenização. Caso o expropriado não colha a anuência do Poder Público, a

---

<sup>957</sup> STF, 2ª T., RE 91320-3/RJ, v. u., rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 2-5-1980, p. 3008.

<sup>958</sup> Informa, ainda, que no regime do Decreto n. 353, de 12 de junho de 1845 (art. 26), consolidado pelo Decreto n. 4.956, de 9 de setembro de 1903 (art. 32, § 2º), excluía-se o cômputo do valor das benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias, sendo vedado ao proprietário fazer nos bens expropriados, descritos no decreto de aprovação dos planos e plantas, quaisquer melhoramentos que implicassem em elevação da indenização, o que conflitava com a doutrina, que admitia a hipótese indenizatória no caso de reparos urgentes e necessários, se precisos para a conservação do imóvel. Op. cit., p. 265.

<sup>959</sup> No mesmo sentido: Moraes Salles afirma que o § 1º do art. 26 do Dec.-lei n. 3.365/1941 se ressentia de manifesta impropriedade terminológica ao se referir às benfeitorias feitas "após a desapropriação"; que, na realidade, o legislador quis referir-se às benfeitorias feitas "após a publicação do ato de declaração de utilidade pública", op. cit., p. 103; Kiyoshi Harada observa que o texto legal refere-se às benfeitorias feitas após a desapropriação, porém deve-se entender que o dispositivo se está referindo à desapropriação na fase administrativa, isto é, àquela decretada pelo Chefe do Poder Executivo, op. cit., p. 81; para Seabra Fagundes, dir-se-ia melhor "após a declaração", pois esse é o sentido do texto. Op. cit., p. 330.

<sup>960</sup> Defende que o regramento está claro no tocante às benfeitorias necessárias e úteis, pouco importando esteja o possuidor de boa ou de má-fé, não se aplicando na ação de desapropriação a diferenciação feita pelo Código Civil quanto à percepção das benfeitorias conforme o possuidor seja de boa ou de má-fé. Op. cit., p. 72.

consequência será a não indenizabilidade dessas benfeitorias úteis, o que não significa que o particular esteja proibido de construí-las.

O ato expropriatório que declara a utilidade pública, para fins de desapropriação, não importa na eliminação da propriedade<sup>961</sup>. Por isso, antes de efetivar-se a desapropriação, pode o proprietário edificar as benfeitorias que quiser. Contudo a lei expropriatória só lhe garante o ressarcimento das benfeitorias necessárias. Quanto às úteis, caso pretenda ser por elas indenizado, deverá, antes de edificá-las, obter a autorização do poder expropriante. A lei nada diz a respeito das benfeitorias voluptuárias, mas entende-se que elas não são indenizáveis.

Conforme explica Neyde Falco Pires Correa<sup>962</sup>, entre o ato expropriatório e a desapropriação propriamente dita existe um hiato, no qual a propriedade sofre determinadas restrições preconizadas pela legislação expropriatória. Entre essas restrições, permitiu-se a execução de algumas espécies de benfeitorias no bem a ser expropriado, prescrevendo o art. 26, § 1º, do Dec.-lei 3.365/1941 que, declarado o bem de utilidade pública, as benfeitorias nele realizadas só serão indenizadas se forem da classe das necessárias, ou se, em sendo apenas úteis, o proprietário obtiver autorização do poder expropriante. No que concerne às voluptuárias, o poder expropriante não as indeniza nunca, não impedindo, porém, que o proprietário as realize. No imóvel declarado de utilidade pública podem ser feitas modificações, reparos e consertos, visto que o domínio e a posse da propriedade permanecem em poder do expropriando até a concretização da expropriação.

---

<sup>961</sup> Cf. decidiu o STF, em RDA 70/223.

<sup>962</sup> Declaração de utilidade pública e suas consequências. In Revista de Direito Público, v. 49/50, p. 52.



Seabra Fagundes<sup>963</sup> afirma que as benfeitorias necessárias serão sempre computadas no cálculo do valor da indenização, já que a sua realização é imposta ao proprietário por circunstâncias imperiosas. As benfeitorias úteis só serão consideradas, quando feitas com permissão expressa do expropriante. As voluptuárias, por não aumentarem o uso habitual da coisa, jamais são consideradas para a fixação da indenização.

Assim, conclui Cretella Júnior<sup>964</sup> que se indenizam sempre, sem prévio acordo, as benfeitorias necessárias; em determinados casos, com prévio acordo, indenizam-se as benfeitorias úteis; e, em hipótese alguma, se indenizam as benfeitorias voluptuárias.

O Decreto-lei n. 271, de 26-2-1967, que dispôs sobre loteamento urbano, em seu art. 5º, estabeleceu que, nas desapropriações, não se indenizarão as benfeitorias ou construções realizadas em lotes ou loteamentos irregulares, nem se considerarão como terrenos loteados ou loteáveis, para fins de indenização, as glebas não inscritas ou irregularmente inscritas como loteamentos urbanos ou para fins urbanos.

Na Espanha, segundo a Lei de 16-12-1954, de expropriação forçada, art. 36, as benfeitorias realizadas após o início do expediente de expropriação não serão objeto de indenização, a não ser que se demonstre que eram indispensáveis para a conservação do bem. As anteriores são indenizáveis, salvo quando forem realizadas de má fé.

---

<sup>963</sup> Op. cit., p. 331.

<sup>964</sup> Acrescenta que as benfeitorias voluptuárias, ou seja, as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou de elevado valor, de maneira alguma serão indenizáveis, quando realizadas após a declaração expropriatória. Somente podem ser consideradas como inspiradas na má fé do proprietário, porque, em nada influiendo sobre o uso da coisa, apenas concorrem para elevar-lhe o preço. Se o poder público expropriante as levasse em consideração, estaria concorrendo para incentivar a fraude. Op. cit., p. 266.

No direito expropriatório português, as benfeitorias necessárias ou úteis posteriores à declaração de utilidade pública são incluídas no cálculo da indenização relativa a prédios (art. 4º, Código das Expropriações).

Na ação expropriatória já se decidiu que é considerada benfeitoria a calçada cimentada pelo proprietário do imóvel, sendo devida indenização<sup>965</sup>; e que, mesmo a existência de benfeitorias clandestinas gera obrigação da municipalidade ao pagamento do valor total dos bens atingidos, em atendimento ao princípio constitucional da justa indenização; a inexistência de alvará somente enseja imposição de multa administrativa, não desobrigando a expropriante<sup>966</sup>; e, ainda, que a alegada falta de autorização governamental para a implantação de pista de pouso não lhe retira o caráter de benfeitoria - cuja construção representou um custo para a expropriada -, devendo como tal ser indenizada<sup>967</sup>. No que diz respeito à indenização pelas árvores frutíferas, uma vez constatada sua existência, devem ser compensadas financeiramente como qualquer benfeitoria, independentemente de seu valor para a expropriante<sup>968</sup>.

Quanto às benfeitorias prejudicadas ou inutilizadas, a indenização depende da comprovação cabal de que elas existiam ao tempo da desapropriação<sup>969</sup>, já que, incomprovadas as benfeitorias, não há que indenizá-las<sup>970</sup>. "Árvores plantadas após o decreto expropriatório, não se indenizam as árvores plantadas após a publicação do decreto que declarou a utilidade pública da área, que o réu plantou por sua conta e risco. Rejeita-se a posição do perito:

---

<sup>965</sup> STJ, Rel. Min. Hélio Mosimann, REsp 17.137-0/SP, RT 715/273.

<sup>966</sup> TJSP, Rel. Accioli Freire, AC 156.021-2, j. 3-5-1990, *apud* Mário Roberto N. Velloso, op. cit., p. 72.

<sup>967</sup> TRF-1ª Reg., AC 2000.38.00.014865-0/MG, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 22-7-2005, p. 26.

<sup>968</sup> TJPR, 4ª Câmara Cív., AC 150.118-4, rel. des. Idevan Lopes, v. u., j. 28-4-2004. Disponível em <<file:///A:\Poder%20Judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ23290.HTM>>. Acesso em 22-2-2006.

<sup>969</sup> TJSC, 2ª Câmara de Direito Público, AC 2004.034605-6, rel. des. Luiz Cézar Medeiros, v.u., julgado em 26-4-2005, pub. DJ 12-5-2005, s/p.

<sup>970</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1997.01.00.0343-9/MT, v. u., rel. juiz Hilton Queiroz, DJ 10-9-1999, p. 369.

as mudas antes preparadas podiam ser plantadas em outro local ou vendidas, não se justificando a indenização sugerida"<sup>971</sup>.

A indenização por benfeitorias, no caso de não ter havido imissão na posse pelo ente expropriante, não deve levar em conta o valor atual da construção, como se fosse nova, mas o estado em que se encontrava ao tempo da perícia, visto que o ônus de conservação permanece sendo do proprietário expropriado<sup>972</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região invocou o § 1º do art. 588, do Código Civil de 1916<sup>973</sup>, que previa que os tapumes divisórios entre propriedades presumem-se comuns, devendo os donos dos imóveis confinantes concorrer para despesas de construção e conservação, para reduzir pela metade indenização fixada pelo juiz de primeiro grau, em ação expropriatória<sup>974</sup>.

Há decisão no sentido de que devem ser decotados da indenização das benfeitorias fixadas com base no laudo oficial os valores referentes à área desmatada para a produção de carvão, em face do exaurimento de suas potencialidades, que foram exploradas economicamente pelos expropriados<sup>975</sup>; que, se no acordo relativo às benfeitorias ficou estipulado que o terreno seria entregue à expropriante completamente livre e desembaraçado,

---

<sup>971</sup> TJSP, 7ª C. de Direito Público, AC 150656-5/1-00, v. u., rel. Torres de Carvalho, j. 15-9-2003. Disponível em <[http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia?url=/acervo/principal.nsf/P\\_Ementa?OpenForm&opcao=Jurisprudência%20-%20Ementas%20-%20Tribunal%20de%20Justiça%20de%20São%20Paulo&urlVoltar=/wps/portal/home](http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia?url=/acervo/principal.nsf/P_Ementa?OpenForm&opcao=Jurisprudência%20-%20Ementas%20-%20Tribunal%20de%20Justiça%20de%20São%20Paulo&urlVoltar=/wps/portal/home)>. Acesso em 21-2-2006.

<sup>972</sup> TJPR, 4ª Câmara Cível, AC e reexame necessário n. 80.621-3/Curitiba, v. u., rel. des. Dilmar Kessler, j. 24-9-2003. Disponível em <<file://A:\Poder%20Judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ-22633.htm>>. Acesso em 22-2-2006.

<sup>973</sup> O atual Código Civil estabelece no § 1º do art. 1.297 que: "Os intervalos, muros, cercas e tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação".

<sup>974</sup> TRF-3ª Reg., 5ª T., AC 552574, proc. 1999.03.99.110416-4/SP, m. v., rel. juiz Johanson Di Salvo, DJU 27-6-2000, p. 691.

<sup>975</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1999.38.00.038082-0/MG, v. u., rel. des. Carlos Olavo, DJ 7-7-2005, p. 20.

presume-se que o acordo abrangeria todas as benfeitorias existentes no imóvel<sup>976</sup>; e, que as benfeitorias que podem ser retiradas sem perda do valor econômico não são indenizáveis<sup>977</sup>.

Ao julgar o RE nº 247.866-1-CE, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, devem obedecer ao pagamento das condenações judiciais, determinado pelo art. 100 da Constituição Federal<sup>978</sup>.

Há discussão se a construção edificada em imóvel nu deve ser indenizada, já que o Dec.-lei n. 3.365/1941 apenas dispôs sobre indenização de benfeitorias, omitindo-se quanto às construções<sup>979</sup>.

---

<sup>976</sup> TRF-3ª Reg., 1ª T., AC 90.03.027156-9-SP, rel. Salette Nascimento, v. u., DJ 8-3-1994, p. 8322.

<sup>977</sup> TJPR, 3ª Câmara Cível, proc. 028829-3, Colorado, v. u., rel. Jesus Sarrao, j. 16-6-1998. Disponível em <file://A:\Poder%20Judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ23290.HTM>. Acesso em 22-2-2006.

<sup>978</sup> O referido julgado tem a seguinte EMENTA: "Administrativo. Desapropriação. Indenização de benfeitorias. Alegada ofensa dos arts. 14, 15 e 160 da Lei Complementar n. 76/93, ao art. 110 da Constituição Federal. O art. 14 da Lei Complementar nº 76/93, ao dispor que o valor da indenização estabelecido por sentença em processo de desapropriação para fins de reforma agrária, deverá ser depositado pelo expropriante em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, contraria o sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no art. 100 e parágrafos. Os arts. 15 e 16 da referida lei complementar, por sua vez, referem-se, exclusivamente, às indenizações a serem pagas em títulos da dívida agrária, visto não estar esse meio de pagamento englobado no sistema de precatórios. Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais', contida no art. 14 da Lei Complementar nº 76/93", STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 24-11-2000, p. 105. Também o TRF-1ª Reg., por meio de sua 4ª T., no julgamento da AC 2000.01.00.065098-0/MT, rel. des. I'talo Fioravanti Sabo Mendes, decidiu que as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, devem obedecer ao sistema de pagamento das condenações judiciais, determinado pelo art. 100 da CF (RE 247.866-1/CE, Rel. Min. Ilmar Galvão), DJ 13-3-2003, p. 94. No mesmo sentido: TRF-1ª Reg., 2ª T. Supl. AC 1998.01.00.065597-5-MG., m.v., rel. Dra. Ivani Silva da Luz, DJ 11-11-2004, p. 87; TRF-1ª Reg., 3ª T., EDAC 1999.39.01.001387-1-PA., rel. des. Tourinho Neto, v. u., DJ 8-4-2005, p. 29. Em sentido contrário decidiu TRF-2ª Reg., 1ª T., AC 274956-RJ (2001.02.01.042351-5), em 24-5-2002, rel. p/ o Ac. Dr. Carreira Alvim, no sentido de que a "Sentença que reconheceu à apelada a indenização de R\$73.979,25 (setenta e três mil, novecentos e setenta e nove reais e vinte e cinco centavos), pelo valor das benfeitorias, mediante depósito em juízo, no prazo de trinta (30) dias, para possibilitar a desocupação. III- Pretensão da apelante de que o pagamento se faça mediante precatório, por força de imperativo constitucional. IV - Pretensão da apelante que, se acolhida, estaria condenando a apelada a morar na rua, debaixo da ponte, até que viesse a receber a indenização, não sendo de admitir-se que a Constituição tenha sido assim tão injusta e desumana, na medida em que é uma 'Constituição-Cidadã'", pub. DJU 24-5-2002, p. 192.

<sup>979</sup> Para Neyde Falco Pires Correa tal omissão talvez tenha ocorrido pelo fato de o legislador julgar as construções parte da propriedade e, à vista disto, considerado obrigatória a indenização, op. cit., p. 53.

É que nem todas as obras feitas em uma coisa entram na classe das benfeitorias. São benfeitorias as obras que visam a conservação, o melhoramento ou o recreio individual. Obras em um objeto móvel que produzem espécie nova não são benfeitorias. As construções e as plantações não entram na classe das benfeitorias propriamente ditas. São acessões industriais que obedecem as regras particulares. São benfeitorias, porém, trabalhos sobre construções já existentes e o beneficiamento das plantações<sup>980</sup>.

Prevê a Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal que: "Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada"<sup>981</sup>.

Hely Lopes Meirelles<sup>982</sup> argumenta que, enquanto não iniciada a desapropriação por atos de execução do decreto expropriatório, lícito é ao proprietário construir e fazer as benfeitorias que desejar, ficando o expropriante obrigado a indenizá-las quando efetivar, realmente, a expropriação. Acrescenta que diante do simples decreto declaratório de utilidade pública não poderá ser negado o alvará de edificação, nem interditada a atividade lícita que se realizar no imóvel. Entende que o impedimento do pleno uso do bem diante da simples declaração de utilidade pública importa restrição inconstitucional ao direito de propriedade, assim como o apossamento sem indenização equivale a confisco. Se a simples declaração não tolhe o direito de construir, não se pode

---

<sup>980</sup> Cf. Clóvis Beviláqua, op. cit., v. 1, p. 310-311.

<sup>981</sup> Em consonância, o TJRJ, por meio de sua 11ª CC, que "Declaração de utilidade pública de bem imóvel, para o fim de desapropriação, não importando em óbice à realização de obras, ainda que de transformação do bem resguardado ao Município de Petrópolis o direito de não indenizar as benfeitorias realizadas após o Decreto referido. Súmula 23 do STF. Deferimento de liminar por esta relatoria, confirmado em Agravo Regimental, para continuidade das obras", AI 2002.002.10564, rel. des. Luiz Eduardo Rabello, DJ 11-5-2005, p. 48-50.

<sup>982</sup> Op. cit., p. 524 e 519.

deixar de indenizar a construção levantada no exercício normal desse direito, daí considerar a Súmula 23 do STF contraditória e inaplicável na sua parte final.

Para Neyde Falco Pires Correa<sup>983</sup>, apesar de a Súmula 23 do STF ter trazido grande benefício ao proprietário do bem, já que, concedendo-lhe o direito de obter o alvará de construção, reconheceu-lhe a integridade do seu direito de propriedade, no final o seu teor apresenta-se contraditório. Afirmar que:

Licença é o ato expedido pelo Poder Público que reconhece ao proprietário o pleno exercício do direito de construir.[...] o direito de construir é um poder contido no direito de propriedade e limitado, apenas, pelo direito de vizinhança e pelos regulamentos administrativos. Dessa forma, a licença não é uma mera concessão discricionária da Administração, mas, sim, um ato administrativo vinculado aos pressupostos legais. Cumpridos esses pressupostos, a Administração é obrigada a conceder a licença, que, por sua vez, não pode ser revogada. Daí a razão da referida decisão do STF, que, após alguns julgados, reconhecendo o direito de propriedade e, conseqüentemente, a obrigação da Administração de expedir licença para construção, concluiu pela obrigatoriedade da expedição do alvará de licença aos proprietários de imóveis declarados de utilidade pública. Reconhecido o direito de propriedade na parte inicial, acabou o Excelso Pretório por restringi-lo *in fine*, negando a indenização do valor despendido na construção. Impôs ao direito de propriedade uma restrição inconstitucional, possibilitando ao Estado, por ocasião do pagamento da indenização, um locupletamento ilícito, pelo fato de se apossar, indevidamente, do bem todo, indenizando apenas parte dele. Pretendendo a Administração evitar que o particular onere os cofres públicos, poderá desde logo concretizar o procedimento expropriatório, com o pagamento do preço correspondente ao bem no estado em que se encontra. A finalidade do preceito constitucional que determina o depósito prévio do justo preço é garantir o patrimônio do particular, face a esse direito excepcional do Estado, de intervenção no direito de propriedade. Por isso, a indenização deve ressarcir o patrimônio do expropriado, compondo os danos decorrentes do dever de suportar, que acabam por limitar o conteúdo do direito de propriedade. Se, para atender ao benefício da coletividade, o dono do bem não for indenizado com prévio e justo preço, onerar-se-á o patrimônio de um só cidadão, o que estará em desacordo com o princípio da solidariedade, princípio este que dispõe sobre a equitativa distribuição das cargas públicas. Além disso, haverá um atentado contra o princípio da isonomia.

---

<sup>983</sup> Op. cit., p. 54.

Conclui Neyde Falco Pires Correa<sup>984</sup> que o pagamento do justo preço do bem expropriado compreende o pagamento do valor da construção, quando autorizada pelo expropriante, e da conservação<sup>985</sup>, comprovada a sua existência à época do decreto declaratório, afastando a parte final da Súmula 23 do STF.

Melhor seria que a própria lei expropriatória regulamentasse a indenização devida em relação às construções. Frente à omissão legislativa, entendemos que, quando autorizadas pelo Poder Público expropriante, devem ser indenizadas. Não havendo interesse do expropriante na construção, não fica o proprietário impedido de edificá-la, todavia, não será indenizado, aplicando-se, por analogia, a solução dada às benfeitorias úteis pelo art. 26, do Dec.-lei n. 3.365/1941.

O Código Florestal brasileiro, Lei n. 4.771/65, ressalta, em seu art. 1º, que "As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem".

Antônio Herman V. Benjamin<sup>986</sup> explica que Área de Preservação Permanente (APP), que, como sua própria denominação demonstra, é área de "preservação" e não de "conservação", não permite exploração

---

<sup>984</sup> Op. cit., p. 55.

<sup>985</sup> Para a autora "conservação" é o reconhecimento de que uma construção, executada sem licença, porém em obediência a todas as normas técnicas exigidas na legislação vigente, tem condição de ser regularizada. Entende que a existência de fato de construção em uma propriedade, ao ser expedido o alvará de conservação, torna-se de direito.

<sup>986</sup> Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. *In Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. Org. Guilherme José Purvin de Figueiredo. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 74-75.

econômica direta (madeira, agricultura ou pecuária), mesmo que com manejo. Pode ser de duas espécies: APPs *ope legis* (ou legais), chamadas como tal porque sua delimitação ocorre no próprio Código Florestal. Vêm previstas no art. 2º do Código Florestal, incluindo, p. ex., a mata ciliar, o topo de morros, as restingas, os terrenos em altitude superior a 1800m; e, APPs administrativas, assim denominadas porque sua concreção final depende da expedição de ato administrativo da autoridade ambiental competente. Têm assento no art. 3º do Código Florestal, e visam, entre outras hipóteses, evitar a erosão das terras, fixar dunas, formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias. Informa que, conforme art. 18, *caput*, da Lei n. 6.938/1981, com a redação trazida pela Lei n. 7.804/1989, as áreas de preservação permanente, previstas no art. 2º do Código Florestal, foram equiparadas a "reservas ou estações ecológicas". Nos termos da Lei n. 6.902/1981, a União, os Estados e os Municípios só poderão instituir Estações Ecológicas<sup>987</sup> em terras de seus domínios. Diversamente, as Reservas Ecológicas podem ser tanto públicas como privadas, conforme sua titularidade originária.

Esclarece, ainda, que, ao lado das APPs, o Código Florestal prevê uma segunda modalidade de regulação das áreas vegetadas, a Reserva Florestal Legal (arts. 16 e 44), que encontra, de um lado, como fundamento constitucional, a função sócio-ambiental da propriedade, e, do outro, como motor subjetivo preponderante, as gerações futuras; no plano ecológico (sua razão material), justifica-se pela proteção da biodiversidade, que, a toda evidência, não está assegurada com as APPs. Acrescenta que é impróprio confundir "reserva ou estação ecológica" com "reserva legal". A Reserva Legal é sempre territorialmente limitada, normalmente fixada em 20% (Sul, Leste

---

<sup>987</sup> Definidas pela Lei n. 6.902/1981 como aquelas áreas representativas de ecossistemas brasileiros, destinadas à realização de pesquisas básicas e aplicadas de Ecologia, à proteção do ambiente natural e ao desenvolvimento da educação conservacionista (art. 1º, *caput*).



Meridional, e parte Sul do Centro-Oeste brasileiro) e 50 ou 80% (Região Norte e parte do Centro-Oeste, conforme a fitofisionomia da área) do imóvel, privado ou público; por isso mesmo, é indenizável<sup>988</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si- considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade-, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. A norma inscrita no art. 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal. O preceito consubstanciado no art. 225, § 4º, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas

---

<sup>988</sup> Para o autor as APPs e a Reserva Florestal Legal não são indenizáveis, nos termos do regime jurídico vigente no Brasil. Isso porque não pode o proprietário acionar o Poder Público pleiteando indenização pelo fato de ter o uso e gozo de sua propriedade limitados pela só exigência de manutenção das APPs e Reserva Florestal Legal. Tal vedação decorre porque as duas, mesmo somadas, não inviabilizam o exercício do direito de propriedade no restante do imóvel. Finalmente, no âmbito de desapropriação direta ou indireta, da integralidade do bem, é descabido incluir na indenização a ser paga pelo imóvel o valor das APPs e da Reserva Florestal Legal, já que se caracterizam como limites internos ao direito de propriedade. Conseqüentemente, o cálculo da indenização devida, ao ser reconhecida a desapropriação da totalidade do imóvel, deve descontar a área das APPs e da Reserva Florestal Legal. Op. cit., p. 76.

florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos proprietários particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental. A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição<sup>989</sup>.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: "Devida a indenização da terra-nua. Quanto à cobertura vegetal, distinguem-se as áreas de reserva legal e de preservação permanente, submetidas a regimes jurídicos distintos. A de preservação permanente, insuscetível de exploração econômica, por força de lei, não é indenizável. A área de reserva legal é indenizável, todavia, com exploração restrita, sem equivalência ao valor da área amplamente explorada"<sup>990</sup>. "A jurisprudência desta Corte tem oscilado no entendimento quanto à indenização das matas nativas, mas pacificou-se no sentido de indenizar as que possam ser exploradas comercialmente, excluindo-se a área de preservação ambiental (Precedentes)"<sup>991</sup>. "As matas de preservação permanente, por serem insuscetíveis de exploração econômica, não são objeto de indenização em sede de ação desapropriatória.

---

<sup>989</sup> STF, 1ª T., RE 134297/SP, v. u., rel. Min. Celso de Mello, DJ 22-9-1995, p. 30597.

<sup>990</sup> STJ, 1ª T., REsp 139096/SP, v. u., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 25-3-2002, p. 178.

<sup>991</sup> STJ, 2ª T., EDcl nos EDcl no REsp 519365/SP, v. u., rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14-11-2005, p. 242.

Precedentes. 2. Inexistindo prova de exploração econômica dos recursos vegetais, não há por que cogitar indenização em separado da cobertura florística. Precedentes. 3. A área desapropriada correspondente à parcela destinada à reserva legal é indenizável, todavia por um valor inferior àquele pago à área livremente explorável. Precedente"<sup>992</sup>. "A questão da indenizabilidade de cobertura vegetal, *tout court*, é matéria de mérito e tem sido decidida positivamente pelo Pretório Excelso, sob o enfoque de que a limitação legal ou física encerra expropriação, que nosso sistema constitucional, que também protege a propriedade, gera indenização, condicionando-a apenas, à prova da exploração econômica da área"<sup>993</sup>. "As matas de preservação permanente, insuscetíveis de exploração econômica por força de lei, não são indenizáveis"<sup>994</sup>. "Independentemente da alteração do art. 12 da Lei 8.629/93 pela MP 1.577/97 (atual MP 2.183-56/2001), a jurisprudência firmou-se no sentido de que a indenização deve refletir o valor de mercado do imóvel expropriado, sendo desimportante que a avaliação da terra nua e da cobertura florestal seja efetuada em conjunto ou separadamente, devendo-se excluir a área de preservação permanente, porque não passível de exploração econômica"<sup>995</sup>.

No mesmo sentido, os demais Tribunais do País já decidiram que: "É inadmissível indenização em separado de cobertura natural, visto que a mesma já está valorada na estimativa da terra nua, até porque, trata-se de propriedade improdutiva em que não havia a exploração econômica da propriedade. 2. A área de preservação permanente não é indenizável separadamente da terra nua vez que é insuscetível de exploração econômica"<sup>996</sup>. "Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro

---

<sup>992</sup> STJ, 2ª T., REsp 403571/SP, v. u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 29-8-2005, p. 239.

<sup>993</sup> STJ, 1ª T., REsp 573829/PR, v. u., rel. Min. Luiz Fux, DJ 22-5-2006, p. 150. No mesmo sentido REsp 670255/RN, rel. Min. Luiz Fux, DJ 10-4-2006, p. 134.

<sup>994</sup> STJ, 2ª T., REsp 153661/SP, v. u., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 20-6-2005, p. 178.

<sup>995</sup> STJ, 2ª T., EDcl no REsp 648833/SC, v. u., rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29-6-2006, p. 174.

<sup>996</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1999.37.01.001086-5/MA, v. u., rel. des. Carlos Olavo, DJ 27-5-2004, p. 18.

tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em nenhuma hipótese, o preço de mercado do imóvel (Lei n. 8.629/93 - art. 12, com a redação da MP n. 2.183, de 24-8-01), não cabendo, exceto em situações excepcionais, a indenização separada de cobertura vegetal. 3. Tendo o laudo pericial avaliado a terra nua e a cobertura vegetal em separado, e não podendo legalmente prevalecer o último item de forma destacada, não cabe, no caso, a realização de inventário florestal. 4. A exclusão da área de reserva legal, para se calcular o valor do hectare com potencial madeireiro, não compromete o trabalho do perito oficial, pois não há ofensa ao princípio da justa indenização, porquanto tal área foi computada, quando do cálculo final da indenização"<sup>997</sup>. "Tendo o laudo pericial avaliado a terra nua e a cobertura vegetal em separado, e não podendo legalmente prevalecer o último item de forma destacada, é de admitir-se, em homenagem ao princípio constitucional da justa indenização, que se acresça ao valor da terra nua uma compensação razoável pela vegetação natural não considerada na sua avaliação"<sup>998</sup>.

Assim, em regra, as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural integram o preço da terra, não cabendo a indenização separada de cobertura vegetal. A área de preservação permanente, por ser insuscetível de exploração econômica, não é indenizável separadamente da terra nua. Contudo, em raríssimas situações, pode ocorrer de a cobertura vegetal ser avaliada separadamente da terra nua, quando, por exemplo, ela for objeto de exploração econômica, com permissão do órgão que fiscaliza o cumprimento da política do meio ambiente para a exploração de florestas<sup>999</sup>, excluindo-se a área de preservação ambiental. Já a área desapropriada correspondente à parcela

---

<sup>997</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1998.33.00.007865-3/BA, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 10-6-2005, p. 15.

<sup>998</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1998.38.00.039308-0/MG, v. u., re. des. Olindo Menezes, DJ 27-2-2004, p. 50.

<sup>999</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2000.01.00.002521-8/MT, m. v., rel. des. Olindo Menezes, DJ 19-12-2003, p. 108.

destinada à reserva legal é indenizável, só que por um valor inferior àquele pago à área livremente explorável.

O Código de Águas, Decreto n. 24.643, de 10-7-1934, considera como sendo bens públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular, os terrenos da marinha e os terrenos reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie, salvo quanto as correntes que, não sendo navegáveis nem fluviáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente fluviáveis e não navegáveis (art. 11).

Constituem terrenos da marinha todos os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, vão até trinta e três metros para a parte da terra, contados desde o ponto a que chega o preamar médio (art. 13, Código de Águas). Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte de terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias (art. 14).

Os terrenos marginais dos rios públicos, na faixa denominada reservada pelo Código de Águas (art. 14), vêm sendo considerados não indenizáveis, conforme entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal de que "As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização" (Súmula 479)<sup>1000</sup>.

---

<sup>1000</sup> Também, ao julgar o RE 97.222/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu que: "Desapropriação. Áreas reservadas. Margens de rio navegável. Decisões das instâncias ordinárias no sentido da indenizabilidade das áreas reservadas. Servidão administrativa. Contrariedade a Súmula 479. 'As margens dos rios navegáveis são domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização'. As decisões das instâncias ordinárias não definiram, no imóvel expropriado, a área que se deve considerar como terreno reservado, ambas mandando indenizar a gleba total. Discordância entre as partes e os laudos trazidos aos autos, no que concerne a área de terreno reservado. Recurso extraordinário conhecido e, parcialmente, provido, para cassar as decisões das instâncias ordinárias, no que concerne a fixação da indenização, devendo ser excluído, em

Afrânio de Carvalho<sup>1001</sup> afirma que a Súmula n. 479 do Supremo Tribunal Federal está rigorosamente certa, porquanto as margens dos rios navegáveis, como acessórios destes, são do domínio público e, nessa qualidade, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas da indenização. Entende que "margens", tomada no seu estrito significado dogmático, designa as margens naturais, que, desde o direito romano justiniano, são havidas necessariamente como públicas. Mesmo assim, reconhece que há razões bastantes para reabrir a questão das margens dos rios públicos, dos "terrenos reservados" e da titularidade dos terrenos ribeirinhos, que não pode continuar dependente da exegese cambiante que se dê a disposições mal amanhadas.

Hely Lopes Meirelles<sup>1002</sup> defende que tal faixa é reservada como simples servidão administrativa, para eventuais fiscalizações do rio, sem ser retirada da propriedade particular e sem impedir sua normal utilização em culturas e pastagens, ou a extração de areia, argilas e cascalhos. Por isso, defende o autor que:

A tese da não indenização dessas faixas ribeirinhas, sobre ser injurídica, é contrária à realidade nacional, pois vem excluindo do pagamento grande percentagem das áreas rurais altamente produtivas e valorizadas, por serem as melhores terras, as mais rentáveis e mais procuradas para culturas e pastagens, exatamente pela proximidade das águas.

Para Nelson Guilherme de Almeida Júnior<sup>1003</sup> a localização desse ponto médio das enchentes ordinárias reclama um processo para a sua

---

liquidação de sentença, o valor relativo a área de terreno reservado, que se fixar". STF, 1ª T., RE 97222/SP, v. u., rel. Min. Néri da Silveira, DJ 11-9-1987, p. 18989. Entendeu, ainda, no AI 71957/SP, que: "Recurso extraordinário. Desapropriação. Pedido de que se exclua da indenização área reservada. Exclusão cuja apreciação cabe ao Judiciário, feita pelo exame dos fatos. Recurso extraordinário não incabível", STF, 1ª T., AI 71957/SP, rel. Min. Rodrigues Alckmin, RTJ, v. 84-1, p. 125.

<sup>1001</sup> As margens dos rios e os "terrenos reservados". In Revista de Direito Administrativo, v. 133, p. 56-58.

<sup>1002</sup> Op. cit., p. 525-526.

<sup>1003</sup> Da indenizabilidade das áreas reservadas nas expropriatórias. In Revista de Direito Público, v. 35-36, p. 64-66.

localização, daí que o ponto médio das enchentes ordinárias não existe nem para o Estado, nem para o particular, porque não há lei que determine o seu processo de aferição e nem as cautelas e participação dos particulares ribeirinhos na sua demarcação. Afirma que a Súmula n. 479 não deu com o vício fundamental da norma (falta de eficácia) e continuou proclamando a sua vigência mesmo com o seu vazio estrutural, já que continua sendo o misterioso ponto médio das enchentes ordinárias, medido por alguém que não se sabe, durante um período que se ignora e sem o conhecimento ou participação de quaisquer interessados.

Conclui Nelson Guilherme de Almeida Júnior<sup>1004</sup> que a única maneira de se contornar a lacuna da lei é admitir-se a servidão pública ou mesmo o domínio público sobre a faixa de 15 m contados da margem histórica, isto é, a margem interna, a partir do álveo do rio, no seu curso e regime naturais, sem se considerarem as enchentes, até que se crie, por lei, um processo para a demarcação das áreas reservadas. A demarcação unilateral diminui consideravelmente o custo das indenizações pagas pelas expropriações, prejudicando direta e injustamente o proprietário ribeirinho, outorgando à empresa lucro injusto criando conspícuo ponto de atrito entre o Poder Público e o particular.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que os terrenos reservados abrangem aqueles compreendidos na faixa de quinze metros, contados da margem histórica do rio<sup>1005</sup>.

Por lei, estabeleceu-se a possibilidade de concessão dessas áreas, na forma da legislação especial sobre a matéria (§ 1º, art. 11, Código de Águas) e de se tolerar que sejam usadas pelos ribeirinhos, principalmente, os

---

<sup>1004</sup> Op. cit., p. 66.

<sup>1005</sup> STJ, 2ª T., REsp 221534/SP, m. v., rel. Min. Paulo Medina. DJ 23-9-2002, p. 300.

pequenos proprietários, que podem cultivá-las, desde que esse uso não colida por qualquer forma com o interesse público (§ 2º). As margens dos rios navegáveis, por pertencerem à União, não são suscetíveis de desapropriação, não podendo, por conseguinte, ser objeto de indenização. Entretanto, entendemos que caso, nessas áreas tenham sido edificadas construções ou benfeitorias, por proprietários de áreas limítrofes, elas deverão ser indenizadas.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 679076/MS, decidiu que os terrenos reservados nas margens das correntes públicas, como o caso dos rios navegáveis, são, na forma do art. 11 do Código de Águas, bens públicos dominiais, salvo se por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular. Em se tratando de bens públicos às margens dos rios navegáveis, o título que legitima a propriedade particular deve provir do poder competente, no caso, o Poder Público. Isto significa que os terrenos marginais presumem-se de domínio público, podendo, excepcionalmente, integrar o domínio de particulares, desde que objeto de concessão legítima, expressamente emanada de autoridade competente. "São de propriedade da União quando marginais de águas doces sitas em terras de domínio federal ou das que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou, ainda, se estendam a território estrangeiro ou dele provenham (art. 20, III, da Constituição). Por seguirem o destino dos rios, são de propriedade dos Estados quando não forem marginais de rios federais. Em tempos houve quem, erroneamente, sustentasse que sobre eles não havia propriedade pública, mas apenas servidão pública. Hoje a matéria é pacificada, havendo súmula do STF (nº 479) reconhecendo o caráter público de tais bens, ao confirmar acórdão do TJSP no qual a matéria fora exaustivamente aclarada pelo relator, Des. O. A. Bandeira de Mello, o qual, em trabalhos teóricos anteriores, já havia examinado e professo o assunto. De resto, hoje, no art. 20, VII, da Constituição, a questão está expressamente resolvida. Os terrenos



reservados são bens públicos dominicais (art. 11 do Código de Águas)". (Celso Antonio Bandeira de mello, Curso de Direito Administrativo, 14. edição, Malheiros, 2002, p. 778). O Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Súmula 479, consolidou o entendimento de que "as margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização"<sup>1006</sup>.

Os demais Tribunais do País têm decidido que: "São insuscetíveis de indenização as terras reservadas da União, a teor da Súmula 479 do STF, por serem bens de uso comum do povo. Precedentes desta Turma."<sup>1007</sup>. "Considera-se área reservada e, por isso, não suscetível de indenização, aquela localizada à margem de rio navegável, assim definido pelo Decreto-lei n. 2.281/40, artigo 6º"<sup>1008</sup>. "Não cabe indenização de terrenos reservados, por serem bens da União, de uso comum - Súmula 479 do STF"<sup>1009</sup>. "Administrativo e processual civil. Desapropriação direta por utilidade pública. Valor da indenização. Terrenos reservados. Exclusão. Benfeitorias demolidas. Honorários de advogado. 1. Parcialmente modificada a sentença quanto ao valor da indenização apenas para excluir-se dela a área de terra considerada "terreno reservado", pois eles são bens públicos nos termos do art. 20, inc. III, da Constituição Federal (CF/88), de forma que hoje não há mais controvérsia sobre a sua natureza, são, portanto, insuscetíveis de desapropriação e de indenização"<sup>1010</sup>.

---

<sup>1006</sup> STJ, 1ª T., REsp 679076/MS, v. u., rel. Min. Luiz Fux, DJ 13-2-2006, p. 681. Há decisões mais antigas do STJ no sentido de que: "É indenizável a faixa reservada de 15 metros, as margens dos rios. Entendimento pacífico no STJ", STJ, 1ª T., REsp 89304/SP, v. u., rel. Min. Garcia Vieira, DJ 16-2-1998, p. 29; "Em desapropriação, os terrenos reservados as margens dos rios são indenizáveis", STJ, 1ª T., REsp 86752/PR, v. u., rel. Milton Luiz Pereira, DJ 24-3-1997, p. 8975.

<sup>1007</sup> TRF-4ª Reg., 3ª T., AC 890418058-9/PR, v. u., rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 16-9-1998, p. 398.

<sup>1008</sup> TJPR, 5ª Câmara Cível, AC e reexame necessário 46100-1, v. u., rel. Cyro Crema, j. 15-4-1997. Disponível em:

<<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=1&Historico=1>>. Acesso em 20-2-2006.

<sup>1009</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 890123998-1/MG, m. v., rel. Eliana Calmon, DJ 5-3-1990, s/p.

<sup>1010</sup> TRF-4ª Reg., 3ª T., AC 97.04.39248-6/PR, m. v., rel. Marga Inge Barth Tessler, DJ 2-9-1998, p. 298.

Com respeito às jazidas, lembra Mário Roberto N. Velloso<sup>1011</sup> que sua titularidade é destacada da propriedade existente na superfície, por força do contido no art. 20, IX, da Constituição Federal (são bens da União: - os recursos minerais, inclusive os do subsolo). Permanecem, portanto, num plano vertical, duas propriedades, a da superfície e a do subsolo, não se podendo falar em indenização nem desapropriação. Quando a União explora uma jazida, não retira a propriedade de ninguém, apenas utiliza propriedade (da jazida) que é sua.

Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa (art. 4º, Código de Minas).

Complementa Cretella Júnior<sup>1012</sup> que a jazida é bem imóvel, distinto e não integrante do solo, tendo existência autônoma como objeto do direito de propriedade. A utilização da jazida não está compreendida na permissão relativa ao subsolo. Portanto, as jazidas não manifestadas, ou que não constituam objeto de autorização ou concessão a favor do expropriado, não são indenizáveis (STF, em RDA 104/223).

Quanto as jazidas, em lavra ou não, e os demais recursos minerais, já se decidiu que eles "constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, tendo o proprietário do solo o direito de participar dos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei (art. 176/CF). Havendo concessão de lavra, o

---

<sup>1011</sup> Op. cit., p. 8-9.

<sup>1012</sup> Op. cit., p. 60-61.

expropriado tem direito aos lucros cessantes, se comprovados"<sup>1013</sup>. Assim, "embora as jazidas não integrem o patrimônio do proprietário do solo, pode ser devida indenização quando, em virtude da desapropriação, decorra paralisação da atividade econômica consistente na exploração das mesmas"<sup>1014</sup>. "Constitucional - desapropriação - jazidas de areia e cascalho. As jazidas de minerais, areia, pedras e cascalho não são indenizáveis, em princípio, salvo existência de concessão de lavra"<sup>1015</sup>. "Face ao disposto no art. 176 da Constituição Federal, as jazidas de areia e argila, não exploradas pelos expropriados, pertencem à União, e seu valor não deve integrar o montante da indenização, no caso de desapropriação do terreno"<sup>1016</sup>. "Desapropriação - Indenização - Exclusão do valor referente a jazida existente no imóvel - Admissibilidade - Hipótese em que a expropriada não possui nenhum título atributivo de direito minerário - Imóvel adquirido com outra finalidade que não a exploração da jazida"<sup>1017</sup>. "Desapropriação. Jazida de argila. Patrimônio da União. Indenização excluída"<sup>1018</sup>. Somente será indenizável jazida de argila se a sua exploração efetiva estiver expressamente autorizada"<sup>1019</sup>.

Na ação expropriatória são devidos honorários de sucumbência. O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula n. 378, deixou claro que "Na indenização por desapropriação incluem-se honorários de advogado do expropriado".

---

<sup>1013</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 19983800039308-0MG, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 27-2-2004, p. 50.

<sup>1014</sup> TJDF, 1ª T. Cível, AC 1050683/DF, rel. Eduardo Ribeiro, DJU 21-9-1983, p. 14325.

<sup>1015</sup> STF, RE 189964/SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 21-6-1996, p. 22302.j. 7.5.-1996.

<sup>1016</sup> TJPR, 4ª Câmara Cível, AC 120.543-8, v. u., rel. des. Dilmar Kessler, j. 19-1-1993. Disponível em <<file:///A:\Poder%20Judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ-20905.htm>>. Acesso em 22-2-2006.

<sup>1017</sup> TJSP, AC 230551-2, rel. Oetterer Guedes, j. 8-2-1994. *Apud* Mário Roberto Velloso, op. cit., p. 9.

<sup>1018</sup> TJPR, RT 532/242.

<sup>1019</sup> TJPR, 5ª Câmara Cível, AC e reexame necessário n. 46100-1, v. u., rel. Cyro Crema. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br/consulta/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=1&historico=1>>. Acesso em 22-2-2006.

Em sua redação original, o Decreto-lei n. 3.365/1941 nada previa sobre os honorários de sucumbência na ação expropriatória. Contudo a jurisprudência passou a concedê-los, sob o fundamento da justa indenização. Mesmo assim, surgiram discussões sobre o real fundamento da outorga de honorários ao advogado do desapropriado.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de sua 2ª T., ao julgar o RE 18.791/DF, conforme voto do relator Min. Orozimbo Nonato, entendeu que "lavra certa confusão, data venia, na apreciação dos fundamentos da outorga de honorários ao advogado do desapropriado. Eles não se deferem por ocorrência de dolo ou culpa contratual ou extracontratual. Ninguém dirá que o ato desapropriador seja ilícito. Ninguém afirmará que os honorários visam a traduzir cominação para punir a administração, por falta que não cometeu. Mas não é o ato ilícito a única fonte de indenização. No caso, eles se impõem para não desintegrar a indenização que deve ser justa e, pois completa"<sup>1020</sup>.

Também, no julgamento do RE 82.909/SP, o rel. Min. Cunha Peixoto, ao proferir seu voto, ressaltou que "A condenação em tais honorários, nas desapropriações, não tem por base o princípio da sucumbência, mas o de dar ao desapropriado uma justa indenização, não o desfalcando da parcela a ser paga ao advogado"<sup>1021</sup>.

Atualmente, contudo, vem-se entendendo que o pagamento dos honorários do advogado dos expropriados resulta da aplicação do princípio da sucumbência ao vencido da demanda<sup>1022</sup>.

---

<sup>1020</sup> *Apud* Barcellos de Magalhães, op. cit., p. 263.

<sup>1021</sup> STF, 2ª T., RE 82.909/SP, v.u., rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 12-12-1975, p. 9368.

<sup>1022</sup> Cf. TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1997.01.00.034343-9/MT, v. u., rel. juiz Hilton Queiroz, DJ 19-9-1999, p. 369.

Reforça Moraes Salles<sup>1023</sup> que a maioria dos julgados é no sentido de que a condenação em honorários tem por base o princípio da sucumbência, e entende não terem razão aqueles que defendem que, na desapropriação, a condenação em tais honorários decorre do princípio de se dar ao desapropriado uma justa indenização.

Posteriormente, com a redação dada pela Lei n. 2.786, de 21-5-1956, incluiu-se o § 1º ao art. 27 do Decreto-lei n. 3.365/1941, que passou a estabelecer que "A sentença que fixar o valor da indenização, quando este for superior ao preço oferecido, condenará o desapropriante a pagar honorários de advogado, sobre o valor da diferença". É de se observar que o dispositivo, apesar de estabelecer a condenação em honorários, não fixou seu percentual.

Observa Álvaro Alves de Queiroz<sup>1024</sup> que o art. 27, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41, nada disse sobre o percentual em que tais honorários deveriam ser fixados. Daí que, em face desta omissão, a jurisprudência dos tribunais, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, fixou-o em 6%, que seria 1% superior ao que o corretor de imóveis percebia em suas vendas. Com a promulgação do Código de Processo Civil, no início de 1973, novos elementos foram trazidos. Assim é que o art. 20, § 3º, do CPC, dispôs que os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, sobre o valor da condenação. O § 4º do mesmo artigo abriu um maior leque de aplicação ao julgador, ao dispor que, nas causas de valor inestimável, nas de pequeno valor, bem como naquelas em que não houver condenação, ou que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz. Entende que a aplicação subsidiária do CPC às ações expropriatórias não

---

<sup>1023</sup> Op. cit., p. 609.

<sup>1024</sup> Honorários de advogado em desapropriação quando o autor não é a Fazenda Pública. Revista de Processo, v. 17, p. 174.

sofreu solução de continuidade. Não prevendo a Lei Especial o percentual que se havia de fixar, cumpre que se recorra, em caráter subsidiário, ao CPC, que em seu art. 20, § 3º, prevê a regra geral, fixando entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% os honorários de advogado, e, em seu § 4º, dispõe sobre as exceções, em que o mínimo de 10% não precisa ser observado.

A Medida Provisória n. 2.183-56/01 deu nova redação ao § 1º do art. 27 da Lei de Desapropriações, que passou a estabelecer que: "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). A MP n. 2.183-56/01 também acrescentou o § 4º ao art. 27, dispondo que: "O valor a que se refere o § 1º será atualizado, a partir de maio de 2000, no dia 1º de janeiro de cada ano, com base na variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA do respectivo período".

No julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.332-2/DF, entendeu-se relevante a alegação de que a restrição decorrente do § 4º do mencionado artigo 15-A entra em choque com o princípio constitucional da garantia do justo preço na desapropriação; e a arguição de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação, no tocante à expressão "não podendo os honorários ultrapassar R\$151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)". Deferiu-se o pedido de liminar, para suspender os parágrafos 1º e 2º e 4º do mesmo artigo 15-A e a

expressão "não podendo os honorários ultrapassar R\$151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais)" do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação<sup>1025</sup>.

Mário Roberto N. Velloso<sup>1026</sup> ressalta que o mais comum é que o expropriado receba os honorários, calculados sobre a diferença entre o valor da indenização e a oferta. Essas duas parcelas devem ser corrigidas monetariamente, por força da Súmula 617 do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o valor da oferta deve ser atualizado monetariamente, e o valor da indenização final também. Sobre esta diferença é que incidirá o percentual de honorários. A indenização final deve ser considerada globalmente, isto é, incluídos os juros compensatórios e moratórios, conforme critérios consagrados nas Súmulas 131 e 141 do Superior Tribunal de Justiça.

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>1027</sup>, nada foi mudado em relação à base de incidência dos honorários: diversamente do que ocorre nas ações em geral, em que a parcela é calculada sobre o valor da condenação; na desapropriação a base continua sendo o valor da diferença entre o *quantum* indenizatório fixado na sentença e o valor da oferta feita pelo expropriante ao início da ação. A sucumbência ocorre em relação à diferença entre a oferta e a definição judicial da indenização. Exemplifica que: se o expropriante oferece 100 e a sentença fixa a indenização nos mesmos 100, não haverá sucumbência e, em consequência, honorários de advogado. Ao contrário, se oferece 100 e a sentença fixa a indenização em 180, o expropriante sucumbiu na parcela correspondente à diferença entre os valores, ou seja, em 80. Nesse caso, os honorários incidirão exatamente sobre essa parcela, corrigida monetariamente. Acrescenta que na base de cálculo dos honorários advocatícios devem ser

---

<sup>1025</sup> STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, DJ 2-4-2004, p. 00366.

<sup>1026</sup> Op. cit., p. 97.

<sup>1027</sup> Op. cit., p. 706.

incluídas as parcelas relativas aos juros moratórios e compensatórios, também devidamente corrigidos, como já assentado pelo STJ (Súmula n. 131).

Realmente, em relação à base de cálculo dos honorários de sucumbência nada foi alterado. Mas, por outro lado, a Medida Provisória 2.183-56/01 inovou ao fixar percentuais entre meio e cinco por cento do valor da diferença, para o cálculo desses honorários, deixando de ser observados os percentuais fixados no Código de Processo Civil.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1028</sup> entende que, ao ser estabelecido que o percentual dos honorários deve ser fixado entre meio e cinco por cento do valor da citada diferença, alteraram-se os limites previstos no Código de Processo Civil, que vão de dez a vinte por cento (art. 20, § 3º, CPC). Entende que a alteração foi notoriamente desajustada, porque, além de desvalorizar o já severo trabalho profissional dos advogados, ainda favoreceu o Estado, permitindo, agora com maior intensidade, que apresente oferta insignificante e desarrazoada pelo bem a ser desapropriado, sem que receba, ao final, o ônus de pagar os honorários sobre importância mais elevada, resultante da diferença entre a oferta e o valor da sentença.

O Decreto-lei n. 3.365/1941, ao tratar dos honorários advocatícios, só fez previsão de sua incidência na hipótese de a indenização ser fixada em valor superior ao preço oferecido pelo expropriante, quando, então, deve o juiz condená-lo ao pagamento dos honorários de sucumbência, fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

---

<sup>1028</sup> Op. cit., p. 706.



O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 82909/SP, decidiu que os honorários devem ser calculados sobre a diferença entre o valor da oferta e o fixado para indenização, não se aplicando, porém, o art. 20 do Código de Processo Civil nas desapropriações<sup>1029</sup>.

Acabou o Supremo Tribunal Federal por editar a Súmula 617, nos seguintes termos: "A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente".

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, também, já sumulou o assunto, concluindo que: "Nas ações de desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas" (Súmula 131, STJ). "Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente" (Súmula 141, STJ).

Ao julgar o REsp 32.064-5/SP, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a base de cálculo dos honorários advocatícios em desapropriação é a diferença entre a oferta e a avaliação, ambas corrigidas monetariamente<sup>1030</sup>. Sobre o "valor da oferta", decidiu que, no processo de desapropriação, é o valor que o expropriante ofereceu, no momento em que formulou o pedido, e não aquele fixado, para efeito de imissão provisória. Nas desapropriações, os honorários de sucumbência devem ser calculados sobre a diferença entre o valor da oferta e aquele judicialmente fixado para a indenização<sup>1031</sup>. Também já

---

<sup>1029</sup> Consta do voto do rel. Min. Cunha Peixoto que "trata-se de lei especial, que considerou a forma de arbitramento dos honorários de advogado, inaplicando-se, portanto, à espécie, o art. 20 do Código de Processo Civil". STF, 1ª T., RE 82.909/SP, v. u., rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 12-12-1975, p. 9368.

<sup>1030</sup> STJ, 1ª T., rel. Min. César Rocha, DH 16-8-1993, p. 15970, e RSTJ, v. 53, p. 236.

<sup>1031</sup> STJ, 1ª T., REsp 60060/SP, v. u., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 12-6-1995, p. 17600.

decidiu que, conquanto vedado o exame dos critérios para a fixação da variação percentual dos honorários advocatícios, comporta assoalhar que, definido, deverá incidir cônsono à orientação da Súmula 141/STJ<sup>1032</sup>. E, ainda, ao julgar o REsp 34.397-9/SP, proferiu a seguinte Ementa: "Desapropriação. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Lei n. 3.365/41 (art. 27, § 1º) - Súmulas 12, 69 e 70 - STJ -, 141 - TFR - 12 e 617 - STF - 1. Os juros compensatórios e moratórios, com origem e finalidade distintas integram o valor indenizatório da propriedade imolada pela desapropriação, levando à conclusão de que os honorários advocatícios devem ser calculados sobre o seu valor global (Súmula 141 - TFR), apurado conforme as diretrizes das Súmulas 12, 69 e 70 - STJ -, suficientes para afastar o anatocismo (Súmula 121 - STF -). 2. A Súmula 617 - STF - não elide a compreensão de que 'a diferença entre a oferta e a indenização', corrigida, está abonada pela incidência dos referidos juros. 3. Os honorários advocatícios, frutos de indispensável participação profissional (art. 133, CF), na desapropriação, como base de cálculo, devem ficar ajustados ao valor do justo preço, estabelecido no julgado, sob pena de não se ajustar à razão e ao direito de remuneração condizente com o resultado obtido pelo desapropriado"<sup>1033</sup>.

Em consonância, os demais Tribunais do País vêm-se manifestando no sentido de que: "Impõe-se a condenação ao pagamento de honorários advocatícios quando o valor da indenização fixado na sentença for

---

<sup>1032</sup> STJ, 1ª T., EDcl no REsp 152272/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 11-9-2000, p. 224. Ainda, ao julgar o REsp n. 662.859/SP, o STJ, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, decidiu que: "Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 4º, do CPC). Em consequência, não está o juiz vinculado aos limites indicados no § 3º do referido artigo (mínimo de 10% e máximo de 20%) nem à adoção do valor da causa ou da condenação como base para a incidência dos honorários, porquanto a remissão feita pelo § 4º do art. 20 refere-se às alíneas do § 3º, tão-somente, e não ao seu *caput*. Precedentes. Há sucumbência recíproca, sendo devida a compensação da verba honorária, quando o autor decaiu de parcela significativa de seu pedido", DJ 13-3-2006, p. 262.

<sup>1033</sup> STJ, 1ª T., 34.397-9/SP, rel. Min. Milton Pereira, DJU 23-8-1993, p. 16565.

superior àquele oferecido pelo expropriante. Inteligência do § 1º do artigo 27 do Decreto-Lei n. 3.365/41"<sup>1034</sup>; "no cálculo dos honorários advocatícios deve ser observado o critério estabelecido na sentença a ser liquidada, portanto, no caso em tela, verba honorária incide apenas sobre o valor da diferença entre a oferta e a indenização fixada"<sup>1035</sup>; "os honorários advocatícios, na desapropriação, devem ser fixados entre meio e cinco por cento da diferença entre o valor da oferta e o da indenização, se satisfeita essa premissa (condenação superior à oferta), nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 27 do Decreto-lei n. 3.365/41, com a redação da Medida Provisória n. 2.183-56, de 24-1-01. Verba que, no caso, arbitra-se em 5%"<sup>1036</sup>; "a disciplina dos honorários está prevista no CPC e na MP n. 2.027, sendo que o STF, na ADIN 2.332-DF, rel. Min. Moreira Alves, suspendeu, liminarmente, no § 1º do art. 27, a expressão que limita os honorários advocatícios nos casos de desapropriação em cento e cinquenta e um mil reais, sob o fundamento de ausência de razoabilidade. No caso, por incidir a regra do § 4º do art. 20 do CPC, os honorários devem ser fixados eqüitativamente pelo juiz, não havendo necessidade de que seja observado o limite mínimo de 10% (dez por cento) previsto para as hipóteses do § 3º do art. 20 do CPC. Quanto ao percentual fixado, a sentença não merece reparos, pois arbitrou os honorários em 3% (três por cento) sobre a expressiva diferença apurada, sendo que o valor fixado remunera adequadamente o trabalho

---

<sup>1034</sup> TJMG, proc. 1.0343.05.930837-3/001(1), rel. Kildare Carvalho, DO 25-11-2005, s/p.

<sup>1035</sup> TRF-3ª Reg., 2ª T., AI 1999.03.00.004631-5, v. u., rel. juiz Sérgio Narcimento, DJU 15-6-2001, p. 794.

<sup>1036</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1999.36.00.001920-3/MT, rel. des. Olindo Menezes, DJ 27-1-2006, p. 10. Também já decidiu a 3ª T. do TRF-1ª Reg., na AC 2001.43.00.001706-3/TO, rel. des. Olindo Menezes, que, "Na desapropriação, os honorários advocatícios devem ser fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença entre a oferta e a indenização (art. 27, §§ 1º e 3º, I, do Decreto-lei n. 3.365/41, com a redação da MP n. 2.183-56, de 24-8-2001), verba que, na hipótese, fica elevada para 5% (cinco por cento), em atenção ao trabalho dos profissionais, que não pode ser desvalorizado", DJ 9-6-2006, p. 9; e na AC 2005.01.00.067457-3/AC, rel. des. Olindo Menezes, que, "Os honorários advocatícios, na desapropriação, devem ser fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença entre a oferta e a indenização (art. 27, §1º, Deceto-Lei n. 3.365/41, com a redação da Medida Provisória n. 2.183-56, de 24-8-01), verba que, na hipótese, fica mantida em 4%", DJ 24-3-2006, p. 34; na AC 2001.01.00.019920-0/MT, rel. des. Olindo Menezes, que, "Dispõe o §1º do art. 27, do Decreto-lei n. 3.365/41, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 24-8-2001, correspondente à Súmula n. 141 do Superior Tribunal de Justiça, que os honorários advocatícios, quando a sentença fixar a indenização em valor superior ao oferecido pelo desapropriante, corresponderão a percentual de meio a cinco por cento do valor da diferença apurada", DJ 6-9-2002, p. 132.

desenvolvido pelo Advogado da expropriada"<sup>1037</sup>; "o artigo 27, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41, e a Súmula 141 do Superior Tribunal de Justiça determinam, expressamente, que o valor dos honorários advocatícios será calculado sobre a diferença entre o valor da oferta e da condenação, sem qualquer ressalva quanto à eventual verba adicional pleiteada pelo expropriado, que tenha sido indeferida pelo juiz sentenciante"<sup>1038</sup>; "os honorários devem ser arbitrados no percentual de 5% incidente sobre a diferença entre o valor ofertado e a indenização"<sup>1039</sup>; "os honorários advocatícios devem ser arbitrados sobre a diferença entre o valor ofertado e o fixado para a indenização"<sup>1040</sup>; "os honorários advocatícios foram bem fixados em 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre a indenização fixada na sentença e a oferta"<sup>1041</sup>.

Diferentemente do Decreto-Lei n. 3.365/1941, a Lei Complementar 76/93, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, no seu art. 19 estabeleceu, expressamente, que as despesas judiciais e os honorários do advogado e do perito constituem encargos do sucumbente, assim entendido o expropriado, se o valor da indenização for igual

---

<sup>1037</sup> TRF-4ª Reg., 3ª T., AC 2000.04.01.097153-1/PR, v. u., rel. Eduardo Tonetto Picarelli, DJU 30-1-2002, p. 534.

<sup>1038</sup> TJPR, 4ª Câmara Cível, AC e reexame necessário n. 80.621-3/Curitiba, rel. des. Dilmar Kessler. Disponível em <<file:///A:\Poder%20Judiciário%20-%20ESTADO%20DO%20PARANÁ-22633.htm>>. Acesso em 22-2-2006.

<sup>1039</sup> TJMG, 2ª Câmara Cível, AC 1.0701.01.011427-3/001(1), rel. des. Nilson Reis, DJ 9-6-2006, s/p.

<sup>1040</sup> TJDF, 2ª Câmara Cível, Emb. Infringentes na AC 2747197/DF, rel. des. Carmelita Brasil, DJU 13-9-2000, s/p.

<sup>1041</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1998.39.01.001151-4/PA, rel. des. Hilton Queiroz, DJ 16-1-2006, p. 19. Também já decidiu o TRF-1ª Reg., 4. T., que: "Honorários advocatícios aumentados para 3% (três por cento) sobre a diferença entre a oferta e a indenização final fixada, para adequá-los ao disposto no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 24-8-2001 e, ainda, com o decidido pelo eg. Supremo Tribunal Federal quando do deferimento da medida cautelar na ADIn n. 2332-2", na AC 2005.01.00.025998-9/GO, rel. des. I'Talo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 16-5-2006, p. 63; que, "Majoração da verba honorária de 4% para 5%, de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC, a incidir sobre a diferença entre o preço inicialmente oferecido e a indenização a final fixada, impondo anotar que o STF, na ADInMC 2.332/DF, suspendeu, no § 1º do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41, a expressão que limita os honorários advocatícios nos casos de desapropriação em até R\$150.000,00, ao fundamento de ausência de razoabilidade", AC 2000.01.00.065098-0/MT, rel. des. I'Talo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 13-3-1003, p. 94.

ou inferior ao preço oferecido, ou o expropriante, na hipótese de valor superior ao preço oferecido<sup>1042</sup>.

Contudo o Decreto-lei n. 3.365/1941 não regulou ou estabeleceu qualquer previsão sobre os honorários de sucumbência quando o preço fixado na sentença a título de indenização for igual ou inferior ao valor oferecido pelo expropriante. Ao que parece, deve ser aplicada a regra geral, prevista nos §§ 3º e 4º do art. 20, CPC<sup>1043</sup>.

Para Moraes Salles<sup>1044</sup>, quando a oferta feita pelo expropriante for mantida pela sentença, a sucumbência será do expropriado, respondendo este pelos honorários do advogado do expropriante. Também Mário Roberto N. Velloso<sup>1045</sup> defende que, se a sentença mantiver a oferta feita pelo expropriante, a sucumbência será do expropriado, respondendo este pelos honorários de advogado do expropriante. Todavia já se decidiu que são indevidos honorários advocatícios se a oferta equivale ao valor da indenização fixada na decisão judicial, não havendo, assim, diferença sobre a qual recairia a verba honorária. Inteligência do artigo 27, § 1º, do Dec.-lei n. 3.365/41<sup>1046</sup>.

---

<sup>1042</sup> O TRF-1ª Reg., 4ª T., já decidiu que: "Nas ações de desapropriação por interesse ou utilidade pública, diferentemente das ações de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, os honorários advocatícios devem ser fixados nos parâmetros do art. 20 do Código de Processo Civil. Honorários advocatícios mantidos de 20% (vinte por cento), porque dentro dos parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil", AC 1997.01.00.026609-1/MA, v. u., rel. des. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 27-4-2006, p. 38.

<sup>1043</sup> O Código de Processo Civil, em seu art. 20, estabelece que: "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria". Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (§ 3º). Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior (§ 4º).

<sup>1044</sup> Op. cit., p. 609.

<sup>1045</sup> Op. cit., p. 97.

<sup>1046</sup> TJGO, 3ª Câmara Cível, AC 38688-6/188, rel. des. Charifé Oscar Abrão, DJ 4-12-1996, s/p.

Melhor seria se a Lei expropriatória, assim como o fez, por exemplo, a Lei n. 7.347/1985, art. 18 - Lei da Ação Civil Pública -, já que ambas têm natureza constitucional e são instrumentos de tutela dos direitos e garantias sufragados no art. 5º da Constituição Federal, igualmente, estabelecesse que os honorários advocatícios de sucumbência só seriam devidos pelo expropriado em caso de comprovada litigância de má-fé. Assim, o proprietário não arcaria com os honorários de sucumbência pelo simples fato de o preço da indenização ter sido fixado em quantia igual ou inferior ao valor ofertado pelo expropriante; só o seria, quando fosse condenado como litigante de má-fé.

Quando a desapropriação direta for intentada por sociedade de economia mista, a atual jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o cálculo de honorários, em desapropriação, deve ser realizado de acordo com o critério estabelecido no art. 27, § 1º, do DL 3.365/41 (com redação proferida pela MP 2.183-56/2001), sendo inaplicável o art. 20, § 3º, do CPC<sup>1047</sup>.

Além dos honorários advocatícios, o sucumbente deve arcar com as despesas processuais. O § 2º do art. 20 do CPC dispõe que as despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

Explica Chiovenda<sup>1048</sup> que o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação

---

<sup>1047</sup> STJ, 2ª T., REsp 493652/SP, v. u., rel. Francisco Peçanha Martins, DJ 6-3-2006, p. 289. No julgamento do REsp 221534/SP, o STJ, 2ª T., entendeu que nas ações de desapropriação direta, intentadas por sociedade de economia mista, a verba de patrocínio deve ser fixada em conformidade com o § 3º, do art. 20, do CPC, sendo, no caso, inaplicável "os limites percentuais fixados na nova redação dada ao § 1º, do art. 27, do DL 3.365/41, pela Medida Provisória 2.027-46, de 21-12-2000, por encontrar-se consolidada a situação jurídica sob a vigência do dispositivo em sua redação anterior. Precedentes", rel. Min. Paulo Medina, DJ 23-9-2002, p. 30.

<sup>1048</sup> *Instituições de direito processual civil*. Trad. do original italiano - 2. ed., "Instituzioni di Diritto Processuale Civile" por Paolo Capitanio, 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, v. 3, p. 242.

da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva.

A enumeração é exemplificativa, pois por despesas processuais devem ser entendidos todos os gastos empreendidos para que o processo possa cumprir sua função social. Intrinsecamente os honorários de advogado são despesas processuais, mas a norma os tratou de forma diferenciada<sup>1049</sup>.

José Frederico Marques<sup>1050</sup> explica que as despesas processuais abrangem custas, emolumentos e todos os gastos com diligências e atos processuais. As custas significam as despesas com os atos processuais, e são calculadas segundo a lei ou regimento de custas; os emolumentos têm o sentido de salário ou remuneração, ou seja, aquilo a que tem direito o funcionário forense ou o auxiliar do juízo, como, v. g., o perito, ou o assistente técnico. O vocábulo despesas é empregado pelo Código para abranger tudo quando deva ser pago no processo, excluídos apenas os honorários advocatícios. Afirma que as despesas se distinguem das custas ou dos emolumentos, como o gênero, da espécie.

Assim, em uma conceituação genérica, devem-se entender por despesas do processo todos os gastos feitos como consequência do seu processamento, tais como custas, indenização de viagem, honorários de advogado, honorários de perito, etc<sup>1051</sup>. Custas são as quantias taxadas pelos regimentos, para pagamento dos atos da instância em juízo<sup>1052</sup>.

---

<sup>1049</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *in Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 193.

<sup>1050</sup> *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3, p. 272.

<sup>1051</sup> Cf. Celso Agrícola Barbi, as despesas do processo devem abranger todos os gastos feitos como consequência dele, tais como custas, indenização de viagem, diária a testemunhas, honorários de advogado, remuneração do

O art. 30 do Dec.-lei n. 3.365/1941 estabelece que: "As custas serão pagas pelo autor, se o réu aceitar o preço oferecido; em caso contrário, pelo vencido, ou em proporção, na forma da lei".

Quando o expropriado aceitar o preço oferecido pelo expropriante, ou seja, quando houver acordo entre expropriante e expropriado, caberá ao autor pagar as custas. O legislador teve em vista criar facilidade ao acordo das partes. Quando a sentença fixar o preço em um dos valores pleiteados, seja no que tenha proposto o autor na inicial, seja no que tenha pedido o réu na contestação, rege-se pelo princípio geral regulador do pagamento das despesas processuais: sobre o vencido recaem os ônus do processo. Daí que a parte cuja proposta de preço tenha sido aceita será vencedora, correndo as custas à conta da parte contrária<sup>1053</sup>.

Para Pontes de Miranda<sup>1054</sup> as custas são pagas pelo autor se o réu aceitou o preço oferecido; em caso contrário, pelo vencido, ou em proporção, na forma da lei. Entende que se a indenização não foi a que se oferecera, nem a que exigia o dono do bem, a condenação nas custas é proporcional. Se o autor desiste da ação, deve arcar com as custas. Se o bem for desapropriado por duas entidades estatais (e. g., União e Estado-membro), e a parte autora for condenada ao pagamento das custas, devem elas ser repartidas em proporção aos valores ofertados.

Já se decidiu que deve o expropriante reembolsar as custas processuais, porque provocou demanda judicial e, no litígio que fez instaurar,

---

assistente técnico, e, quando for o caso, remuneração do intérprete e do depositário. *In Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p.134.

<sup>1052</sup> Cf. João Mendes Jr, *apud* Eurico Sodré, *op. cit.*, p.186.

<sup>1053</sup> Cf. Seabra Fagundes, *op. cit.*, p. 405-406.

<sup>1054</sup> *Tratado das ações*, *op. cit.*, p. 475-476.



não preponderou sua vontade de ver reconhecido um *quantum* mais baixo<sup>1055</sup>; e que, se os expropriados recusam o preço oferecido, sobre o qual foi estabelecida a indenização, respondem eles pelas custas integrais do processo, visto que a lei os considera como vencidos para esse efeito (DL 3.365/41, art. 30)<sup>1056</sup>.

Quando o juiz fixar o preço fora das pretensões do autor e do réu, as custas serão pagas, proporcionalmente. Tomam-se por base as diferenças entre a quantia estabelecida pela sentença e as duas quantias pedidas na inicial e na contestação, repartindo-se o montante das despesas de custas em proporção a cada uma das diferenças, ou seja, por meio de uma divisão em partes proporcionais, tendo-se em vista as diferenças entre os preços propostos e o fixado na sentença, obtém-se o resultado desejado<sup>1057</sup>.

Nesse sentido, dispõe o art. 21 do CPC que, se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. E seu parágrafo único que, se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

Melhor seria que, da mesma forma como foi previsto na Lei de ação civil pública (Lei n. 7.347/1985), art. 18, se estabelecesse que na ação de desapropriação por utilidade pública não haveria adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação do expropriado em custas e despesas processuais, mesmo quando o preço da indenização fixado na sentença fosse igual ou inferior ao oferecido pelo expropriante, salvo comprovada má-fé.

---

<sup>1055</sup> TRF-2ª Reg., 2ª T., AC 137599, rel. juiz Sérgio Feltrin Correa, DJ 8-11-2001, s/p.

<sup>1056</sup> TJGO, 3ª Câmara Cível, AC 38688-6/188, rel. des. Charifé Oscar Abrão, DJ 4-12-1996, s/p.

<sup>1057</sup> Cf. Seabra Fagundes, op. cit., p. 406-407.

Quando o poder expropriante desistir da ação, hipótese não prevista na lei de desapropriações, vem-se entendendo que, se o pedido não resultar de acordo, mas de ato unilateral do expropriante, responde este pela soma integral das custas. Havendo acordo, por elas responderão ambas as partes ou uma só, conforme expresso no requerimento de desistência<sup>1058</sup>.

O art. 26 do CPC estabelece que, se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu. Sendo parcial a desistência ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e honorários será proporcional à parte de que se desistiu ou que se reconheceu (§ 1º). Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente (§ 2º).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1059</sup>, enquanto não for consumada a desapropriação, isto é, enquanto não houver condenação no valor a ser pago, o expropriante pode dela desistir. Entretanto, será obrigado a indenizar o proprietário pelos prejuízos que haja causado em razão da simples declaração de utilidade pública, da propositura da ação expropriatória ou da imissão provisória que haja obtido, cabendo, nesse caso, ao proprietário fazer a efetiva demonstração de seu prejuízo.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: "Desapropriação. Desistência parcial, após a citação. Possibilidade. Inocorrência de ofensa ao princípio da inalterabilidade do libelo. I - O acórdão recorrido, ao decidir que é lícito ao Poder Público, até o pagamento da indenização, desistir, em caráter parcial ou total, da desapropriação, ressalvada ao expropriado a via

---

<sup>1058</sup> Cf. Seabra Fagundes, op. cit., p. 408; Moraes Salles, op. cit., p. 621.

<sup>1059</sup> Op. cit., p. 822.

ordinária para o ressarcimento de prejuízos eventualmente sofridos, não violou o princípio da inalterabilidade do libelo, consubstanciado no art. 264 do CPC"<sup>1060</sup>.

Sobre a publicação dos editais, a que se refere o comando inserto no art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/1941, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é um dos atos finais do processo expropriatório, constituindo exigência indispensável a assegurar ao expropriado o direito de proceder ao levantamento do "justo preço", que lhe é constitucionalmente assegurado, como forma de reparação pelo ato de intervenção estatal em seu patrimônio. É cediço na Corte que "o pagamento das publicações de editais por parte do réu na ação de desapropriação reduziria o valor da indenização a que ele faz jus, de sorte que o princípio da justa indenização seria irremediavelmente afrontado" (REsp n. 121.487/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 17-11-197). A publicação de editais, consoante exigida pelo Decreto-lei n. 3.365/41, encerra, precipuamente, benefício ao poder expropriante, na medida em que assegura que o pagamento da indenização por ele devida seja feito sem maiores transtornos, evitando, assim, eventuais repetições ajuizadas por terceiros e interessados que venham a alegar desconhecimento acerca do andamento processual do feito expropriatório. Destarte, aproveitando diretamente ao expropriante a publicação dos editais em questão, afigura-se desarrazoado carrear a antecipação ao expropriado, para que, ao final, seja ele obrigado a requerer a devolução do montante que desembolsou. O referido procedimento importaria, em verdade, na minoração indireta do *quantum* indenizatório, representando evidente descompasso com a garantia constitucional que lhe assegura o direito de ser justa e previamente indenizado (Precedentes: REsp n. 402.928/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 9-8-2004; REsp n. 208.998/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 1-7-1999; REsp n. 171.372/SP, Rel. Min.

---

<sup>1060</sup> STJ, 2ª T., REsp 32702/SP, v. u., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 29-8-1994, p. 22186.

Ari Pargendler, DJU de 31-8-1998; REsp n. 157.352/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 24-8-1998)<sup>1061</sup>.

#### **d) Correção monetária**

Em desapropriação é permitida a aplicação da correção monetária sobre o valor a ser pago em dinheiro<sup>1062</sup>. O princípio da justa indenização em dinheiro, que deverá ser observado nas desapropriações (CF, art. 5º, XXIV), impõe a atualização monetária, não só dos valores devidos ao desapropriado, mas também daqueles já pagos pelo desapropriante, ainda que não haja lei autorizando-a<sup>1063</sup>. A correção monetária não constitui acessório do débito, mas parte integrante deste. O pagamento de indenização por valor nominal defasado corresponde a pagamento parcial, estando sujeito à complementação<sup>1064</sup>. A correção monetária não constitui acessório do débito, mas visa tão somente a recompor o valor do capital. A indenização em desapropriação deve ser justa, consoante preceito constitucional (artigo 5, incisos XXII e XXIV), incluindo-se, também, a devida atualização monetária<sup>1065</sup>.

O aviltamento da moeda, por sua depreciação, reflete-se no campo jurídico. Surgem cláusulas de defesa contra a instabilidade econômica, de reação à desvalia da moeda. A cláusula de correção monetária serve para retificação da expressão numérica dos valores jurídicos, desde que pré-traçados. A correção monetária funciona como um termostato da indenização, ajustando-

---

<sup>1061</sup> STJ, 1ª T., REsp 734575/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ 22-5-2006, p. 157.

<sup>1062</sup> É possível, também, na hipótese do pagamento se dar em TDA's, apesar de sua correção própria, até o seu depósito (Precedente: AC 1997.01.00.009673-0/GO, DJ 23-1-2003, rel. Juiz Cândido Ribeiro), cf. TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 2000.36.00.000026-9/MT, v. u., rel. des. Tourinho Neto, DJ 16-12-2005, p. 19.

<sup>1063</sup> TRF-4ª Reg., 4ª T., AC 1999.04.01.119714-2/RS, v. u., rel. Zuudi Sakakihara, DJU 24-2-2001, p. 391.

<sup>1064</sup> STJ, 2ª T., REsp 754/RJ, v. u., rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 30-10-1989, p. 16507; RSTJ, v. 44, p. 199.

<sup>1065</sup> TRF-3ª Reg., 2ª T., AC 96.03.094394-0/SP, v. u., rel. juiz Célio Benevides, DJ 24-6-1998, p. 264.

se à realidade mediante novo processo de compensação da mora do poder público expropriante. O processo expropriatório, complexo e demorado, projeta-se no tempo, dando como conseqüência o desajuste de um preço em dado momento e outro preço calculado futuramente. O direito determina que o magistrado, diante da realidade, corrija a moeda, sob certas circunstâncias, independentemente de solicitação da parte interessada<sup>1066</sup>.

Carlos Olavo Pacheco de Medeiros<sup>1067</sup> observa que o processo expropriatório tem os seus percalços e pode arrastar-se anos a fio, comprometendo o justo preço, notadamente pela influência corrosiva da inflação. Relata que, especificamente no caso de ações desapropriatórias, os tribunais pátrios não aplicavam, inicialmente, qualquer fator de correção monetária sobre o *quantum* indenizatório, tendo como fundamento o disposto no art. 26 do Decreto-Lei 3.365/41, segundo o qual o valor da indenização haveria de ser contemporâneo à avaliação.

Com o advento da Lei 4.686, de 21-6-1965, a correção monetária foi introduzida na desapropriação. Foi acrescentado o § 2º ao art. 26 do Decreto-lei n. 3.365/1941, estabelecendo que: "Decorrido prazo superior a 1 (um) ano a partir da avaliação, o juiz ou o tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado". Posteriormente, a Lei 6.306/1975 alterou a redação do referido § 2º do art. 26, prevendo que: "Decorrido prazo superior a 1 (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".

---

<sup>1066</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 269.

<sup>1067</sup> A correção monetária na desapropriação - questões mais freqüentes. In *Desapropriação: doutrina & jurisprudência*. Coord. Des. Olindo Menezes, Brasília: TRF-1ª Região, 2005, p. 15.

Novos embates jurídicos foram travados quando do advento da Lei n. 6.899/1981, pois os tribunais relutavam em aplicar suas disposições às demandas expropriatórias, sob o argumento de que, nesses feitos, a correção monetária era disciplinada por norma específica<sup>1068</sup>.

Moraes Salles<sup>1069</sup> ressalta que, com a Lei n. 6.899, de 8-4-1981, que trouxe novas regras, de caráter geral, sobre correção monetária, iniciou-se o debate a respeito da aplicabilidade ou não da referida lei às indenizações relativas às desapropriações. A princípio, a jurisprudência negou a aplicação da Lei 6.899/1981 aos processos expropriatórios, sob a alegação de que a correção monetária, nos aludidos processos, era disciplinada por norma específica (o § 2º do art. 26 do Dec.-lei 3.365/1941). Todavia, posteriormente, evoluiu a jurisprudência para outro entendimento, passando a considerar a Lei 6.899/1981 aplicada também às indenizações decorrentes de expropriatórias.

Daí afirmar Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1070</sup> que não mais vigora o § 2º do art. 26 do Decreto-lei n. 3.365/41, já que implicitamente revogado pela Lei n. 6.899, de 8-4-1981, cujo artigo 1º determina que a correção monetária incida sobre qualquer débito resultante de decisão judicial inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

---

<sup>1068</sup> Cf. Pacheco de Medeiros, op. cit., p. 16.

<sup>1069</sup> Op. cit., p. 552-553. Também José dos Santos Carvalho Filho afirma que há grande controvérsia em torno dessa norma: para alguns ela foi revogada pela Lei n. 6.899/1981, que estabeleceu regras específicas para o cálculo da correção monetária; para outros, a regra persiste porque não haveria incompatibilidade. Para o autor, o § 2º do art. 26 da lei geral expropriatória não mais pode subsistir. Entende que, se se admitir que o valor indenizatório fique paralisado por falta de atualização durante o período de um ano, sobretudo em período de processo inflacionário, sofreria o expropriado, com isso, perda significativa, não podendo a indenização ser considerada justa. Op. cit., p. 704.

<sup>1070</sup> Op. cit., p. 185.

Sobre a questão, a jurisprudência assentou-se no sentido de que a correção monetária, por força da Lei 6.899/81, deve ser aplicada nas indenizações decorrentes de desapropriação<sup>1071</sup>.

O valor depositado, correspondente à oferta inicial, deve ser corrigido monetariamente, para dedução total da indenização, também corrigido, quando da liquidação do julgado, estabelecendo-se paridade nominal das referidas importâncias. Esse entendimento, ajustado à jurisprudência do STF, inclusive justificou o cancelamento da Súmula 202/TRF<sup>1072</sup>. A correção monetária deve recair, para que não se configure locupletamento ilícito, sobre o valor da oferta não levantada<sup>1073</sup>.

Para Carlos Olavo Pacheco de Medeiros<sup>1074</sup> parece incontroverso que a correção incida, para todos os efeitos, sobre o valor da parte levantada, se o expropriado se valeu da faculdade, pois, do contrário, um desequilíbrio de valor, afinal, redundaria em benefício da parte. E "quanto à parte remanescente, se ao final recebê-la diretamente o expropriado, deverá também ser deduzida, do *quantum* final e com dedução dos acréscimos com que tenha sido beneficiado igualmente" (cf. RTJ 120/424).

Assim, não restam dúvidas de que a correção monetária incide nas indenizações decorrentes da desapropriação. Consoante o disposto na Súmula n. 179/STJ: "o estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos". O índice a ser aplicado será o indicado pelo juiz da

---

<sup>1071</sup> Nesse sentido, Pacheco de Medeiros, op. cit., p. 16.

<sup>1072</sup> STJ, 1ª T., REsp 152.272/SP, v. u., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 16-11-1999, p. 187.

<sup>1073</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1997.36.00.005380-1/MT, rel. des. Carlos Olavo, DJ 1-8-2003, p. 27.

<sup>1074</sup> Op. cit., p. 17.

execução, nos próprios autos, sem necessidade de a parte credora socorrer-se das vias ordinárias para propor outra ação, objetivando alcançar tal direito<sup>1075</sup>.

Quanto ao termo inicial para sua incidência, ele deve coincidir com a data em que foi realizada a avaliação do bem, não mais vigorando o disposto no § 2º do art. 26 da Lei expropriatória, que estabelece a sua incidência apenas após o decurso do prazo de um ano da avaliação.

Nesse sentido, os nossos Tribunais vêm decidindo que: o art. 26, § 2º, do Decreto-Lei 3.365/41 foi implicitamente revogado pela Lei 6.899, de 8-4-81, cujo artigo 1º determina que a correção monetária incida sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, pelo que a correção monetária deve incidir desde o laudo de avaliação e não após o decurso de um ano deste<sup>1076</sup>; o termo inicial da correção monetária, na ação de desapropriação, é a data da avaliação, cabendo a atualização, ainda que por mais de uma vez, independente do decurso de prazo superior a um ano (Súmula n. 67/STJ)<sup>1077</sup>; o termo inicial para incidência da correção monetária, nas ações expropriatórias, é a data do laudo de avaliação, e não a data formal da apresentação ou assinatura do documento. Precedentes do STJ<sup>1078</sup>; a correção monetária é calculada, com base nos índices oficiais, a contar da data da elaboração do laudo (Súmula 75/TRF)<sup>1079</sup>; a correção monetária, por não se constituir em acréscimo, deve incidir desde a data em que forem apurados os valores devidos pelo expropriante. Em regra, o termo inicial coincide com a data do laudo. No caso, no entanto, no laudo elaborado em julho de 1998, o perito fixou como data da

---

<sup>1075</sup> STJ, 1ª Seção, Embargos de divergência no REsp 156197/SP, v. u., rel. Min. Francisco Falcão, DJ 22-10-2003, p. 175.

<sup>1076</sup> TJMG, proc. 1.0000.00.336123-5/000(1), rel. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, DJ 26-9-2003, s/p.

<sup>1077</sup> STJ, 1ª T., REsp n. 32.064-5/SP, rel. Min. César Rocha, DJ 16-8-1993, p. 15970.

<sup>1078</sup> STJ, 2ª T., REsp n. 101.818/SO, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 1-7-2002, p. 270.

<sup>1079</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., Remessa *ex-officio* 91.01.13352-7/MG, rel. juíza Selene Maria de Almeida, DJ 8-3-1999, p. 68.



avaliação o mês de julho de 1996, e esta é a data que deve ser considerada para fins de atualização monetária<sup>1080</sup>; sendo o valor da condenação superior ao da oferta, incide correção monetária, desde a data do laudo oficial<sup>1081</sup>; em sendo julgados, simultaneamente, numa mesma sentença, dois ou mais processos expropriatórios, o Sr. Contador haverá de ter em conta os dados e elementos constantes em ambos os feitos: o valor de cada oferta e suas datas, as datas de imissão de posse e as áreas desapropriadas em cada um. A correção monetária da indenização incidirá a partir da data do laudo que foi comum para ambos os feitos. A correção monetária das ofertas se fará a partir das datas dos respectivos depósitos<sup>1082</sup>.

O termo final deve corresponder à data do efetivo pagamento da indenização fixada como justa ao expropriado.

Para Sérgio Ferraz<sup>1083</sup>, a lei determinou a apuração da correção monetária até a decisão final, que deve ser entendida como a decisão de mérito. Contudo defende que a correção monetária há de ser calculada até o momento em que se faz o pagamento ao expropriado, para se atingir o propósito do texto constitucional.

Cretella Júnior<sup>1084</sup> entende por decisão final o pronunciamento do juiz ou do tribunal que, depois de atendido o requisito da indenização, põe fim ao processo expropriatório, ordenando seja expedido o mandado de imissão de posse e efetivando, como consequência, a perda da propriedade objetivada na desapropriação. Impondo a correção monetária do

---

<sup>1080</sup> TRF-4ª Reg., 3ª T., AC 2000.04.01.097153-1/PR, v. vu., rel. Eduardo Tonetto Picarelli, DJU 30-1-2002, p. 534.

<sup>1081</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 1999.38.00.038082-0/MG, rel. des. Carlos Olavo, DJ 7-7-2005, p. 20.

<sup>1082</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 90.01.04767-0/MA, v. u., rel. juiz Nelson Gomes da Silva, DJ 22-10-1990, p. 24776.

<sup>1083</sup> Op. cit., p. 253.

<sup>1084</sup> Op. cit., p. 268.

valor fixado, a fim de que se mantenha o preço justo, mediante adequação às circunstâncias supervenientes, a decisão final é o momento ulterior do processo, bem distinta da decisão inicial, fase anterior ou vestibular, de natureza e alcance totalmente distintos.

Para Pacheco de Medeiros<sup>1085</sup>, como a correção monetária corresponde à reposição do valor aquisitivo da moeda que se vai deteriorando com os efeitos perversos da inflação, de onde decorre que, em nome do princípio constitucional da justa indenização, o valor devido ao expropriado deve ser corrigido monetariamente até o seu efetivo pagamento.

Também para Kiyoshi Harada<sup>1086</sup>, a correção monetária incide até o efetivo pagamento da indenização fixada, entendendo que ela pode ser computada em qualquer fase do processo, independentemente de expressa condenação a esse título (V. Súmula n. 67 do STJ e Súmula n. 561 do STF).

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 561, estabeleceu que: "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". A Súmula 67 do Superior Tribunal de Justiça determina que: "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"<sup>1087</sup>.

---

<sup>1085</sup> Op. cit., p. 19-20.

<sup>1086</sup> Op. cit., p. 151.

<sup>1087</sup> O STJ vem decidindo que, 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 (Súmula 561 do STF), STJ, 2ª T., REsp 754/RJ, v. u., rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 30-10-1989, p. 16507; STJ, 2ª T., REsp. 1084/RJ, DJ 20-11-1989, p. 17292.

Quando a sentença fixar a indenização em valor inferior ao da oferta, depositada esta na data do ajuizamento da ação, não cabe o pagamento de correção monetária, pois o depósito integral da oferta elimina a possibilidade de perda de poder aquisitivo da indenização, razão determinante da atualização monetária, tendo a parte direito somente à correção paga pela instituição bancária que recebeu o depósito<sup>1088</sup>. Quando a indenização for fixada em valor igual ao da oferta, também não é devida correção monetária, limitando-se esta ao que for pago pelo banco sobre os valores depositados<sup>1089</sup>.

O STJ já firmou entendimento de que a atualização do valor fixado judicialmente se faz com aplicação dos índices oficiais para correção monetária, não se justificando a realização de nova perícia, salvo em situações especiais<sup>1090</sup>.

Lembra Kiyoshi Harada<sup>1091</sup> que, com o advento do Plano Collor, implantado pela MP n. 294/91 convertida na Lei n. 8.177, de 1º-3-1991, foi extinto o BTN, o que trouxe dúvidas sobre qual o indexador a ser utilizado para a correção monetária. Alguns aventaram a aplicação da TR, taxa referencial para remuneração do capital no mercado financeiro. Entretanto logo o STF veio a decidir no sentido de que a TR não é índice de correção monetária, passando os tribunais, a partir de então, a utilizar o IPC como índice de atualização monetária dos débitos resultantes de condenação judicial.

---

<sup>1088</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1998.33.00.023211-6/BA, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 22-10-2004, p. 28.

<sup>1089</sup> Assim, também não são devidos juros compensatórios e juros moratórios, TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 1998.36.00.003137-3/MT, v. u., rel. Cândido Ribeiro, DJ 31-3-2006, p. 10.

<sup>1090</sup> STJ, 2ª T., REsp n. 92.789-SP, rel. Min. Peçanha Martins, DJ 9-11-1998, s/p. José dos Santos Carvalho Filho afirma que nada justificaria nova perícia, pois, além de ofender o princípio da economia processual e retardar ainda mais o já demorado processo expropriatório, os índices de atualização monetária existem exatamente para isso, ou seja, para ajustar a momento futuro determinado valor fixado no momento atual. Op. cit., p. 705.

<sup>1091</sup> Op. cit., p. 151. Nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, são utilizados os seguintes indexadores: de 1964 a fevereiro de 1986 - ORTN; de março de 1986 a janeiro de 1989 - OTN; de fevereiro de 1989 a fevereiro de 1991 - BTN (oficial); IPC (reconhecido judicialmente - com expurgos); de março de 1991 a dezembro de 2000 - IPCAe (que é igual a Ufir); a partir de janeiro de 2001 - IPCAe, cf. Pacheco de Medeiros, op. cit., p. 19.

### 2.5.3.2 - Da indenização prévia e em dinheiro

A Constituição Federal estabeleceu que a desapropriação se dará mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Constituição. O art. 32 do Dec.-lei n. 3.365/1941, com a redação dada pelo art. 5º da lei n. 2.786, de 21-5-1956, previu que o pagamento do preço será prévio e em dinheiro.

Cretella Júnior<sup>1092</sup> considera que a previalidade é o primeiro atributo ou qualificação do pagamento da indenização. Trata-se do *prius*, de pressuposto necessário para a existência e concretização do instituto da desapropriação. Previalidade não é preço, não é consequência. Não se desapropria para, depois, indenizar. Ao contrário, indeniza-se para, depois, desapropriar. É a indenização prévia ou preventiva. É o pagamento prévio ou preventivo. O poder público expropriante tem de concretizar a prestação para que a regra jurídica adequada, que é a referente à translação da propriedade, incida sobre o suporte fático, bem como para que, tratando-se de imóvel, a transcrição da sentença origine a perda.

Para Pontes de Miranda<sup>1093</sup> a indenização é prévia, porque a indenização é pressuposto da desapropriação, e não consequência. É meio para se obter a desapropriação. Observa que a previalidade é em relação à transcrição do título, que é a sentença, e que, ainda para a posse provisória, é preciso que se deposite seu valor.

---

<sup>1092</sup> Acrescenta que, se o Estado, por qualquer motivo, deixar de efetuar a indenização e o desapropriado reclamar, a reclamação é dirigida contra o *prius* ou pressuposto da desapropriação; e que a obrigação do Estado em outorgar a indenização é fundamentada no princípio do enriquecimento sem causa e não em contraprestação devida, o que ocorreria caso se tratasse de compra e venda. Op. cit., p. 352.

<sup>1093</sup> Op. cit., p. 455 e 461.

Cretella Júnior<sup>1094</sup> esclarece, ainda, que, relativamente à sentença, é que se diz que a indenização será prévia. Deposita-se primeiramente o *quantum* correspondente à indenização, para que a desapropriação se concretize. A transcrição efetua, de um lado, a perda e, de outro, a aquisição de domínio. O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização (art. 33 do Decreto-lei n. 3.365/1941). Já indenização prévia é a entrega do preço nas mãos do credor, ou, pelo menos, é o fazer com que a indenização fique inteiramente à sua disposição, livre e desembaraçada (RDA 99/35).

Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>1095</sup> bem coloca que a indenização em dinheiro devida em razão de desapropriação é, por definição constitucional, prévia. É dever irrecusável da entidade pública indenizar previamente o particular proprietário do objeto transferido a seu patrimônio. Já o art. 32 do Decreto-lei n. 3.365/41, segundo o qual "O pagamento do preço será prévio e em dinheiro", é diferente em seus termos do quanto se contém no dispositivo constitucional. A Constituição da República define que "a indenização" é "prévia, justa (e) em dinheiro", enquanto a regra decretada dispõe que o pagamento (da indenização) é que é prévio.

Por indenização prévia, entende José dos Santos Carvalho Filho<sup>1096</sup> aquela que é ultimada antes da consumação da transferência do bem. Informa que, na prática, o pagamento da indenização e a transferência do bem se dão no mesmo momento, sendo que só por mera questão de causa e efeito se pode dizer que aquele se operou antes desta. Mas que, de qualquer forma, o

---

<sup>1094</sup> Op. cit., p. 353.

<sup>1095</sup> Observações sobre a desapropriação no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, v. 204, p. 39.

<sup>1096</sup> Op. cit., p. 696.

requisito deve ser entendido como significando que não se poderá considerar transferida a propriedade antes de ser paga a indenização.

Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1097</sup> asseveram que o expropriante, querendo efetivar a desapropriação, tem o dever constitucional de pagar previamente a justa indenização pelo imóvel (CF 5º XXIV). Por isso, acrescentam que:

O expropriado deve receber o valor antes de consolidar-se a propriedade no patrimônio do expropriante. Ajuizada a ação de desapropriação, tem de ser feito o pagamento liminarmente. No Brasil isso nunca é cumprido. De toda sorte, o juiz de primeiro grau deve proferir sentença de mérito, que só produzirá efeitos se reexaminada pelo tribunal (CPC 475), podendo, concomitantemente, ser interposto recurso por qualquer das partes. A sentença condena o expropriante a pagar quantia em dinheiro equivalente ao valor do imóvel na época de sua prolação. Transitada em julgado a sentença de mérito, nada mais há a fazer na execução, salvo atualizar-se o valor do dinheiro devido pelo expropriante. O imóvel, desde o trânsito em julgado da sentença, deixa de ser parâmetro para qualquer consideração sobre o mérito da desapropriação. Cumpre ao expropriante submeter-se ao comando emergente da sentença (coisa julgada) e entregar ao expropriado o pagamento do dinheiro a que já fazia jus desde o início da ação, já que, porque se chegou à execução, não houve o cumprimento da garantia constitucional do pagamento prévio e justo (CF 5º XXIV). Atualização do valor devido ao expropriado é cabível. A recíproca não é verdadeira, porque não se atualiza o valor do imóvel que, desde o trânsito em julgado da sentença, não é mais parâmetro para considerações na execução da mesma.

Também Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1098</sup> afirma que, tendo em vista o texto do art. 5º, XXIV, da Carta Constitucional, que subordina a desapropriação à "prévia e justa indenização...", desde logo se depreende que não se pode consumir antes do pagamento da indenização. Em conseqüência, o Poder Público só adquirirá o bem, e o particular só o perderá com o pagamento da indenização. Isto só é excepcionado nos casos invulgares em que a

---

<sup>1097</sup> *Código de processo civil comentado*, op. cit., p.613.

<sup>1098</sup> Op. cit., p. 822.

Constituição admite desapropriação paga com títulos, desde que o resgate deles se faça ao longo do tempo (arts 182, § 4º, III, c/c arts. 185 e 186).

Informa Marienhoff<sup>1099</sup> que o art. 17 da Constituição Nacional argentina adota expressamente a indenização prévia à transferência da propriedade ao expropriante como elemento da indenização em matéria expropriatória. Explica que, quando a Constituição exige que a indenização seja prévia, refere-se à oportunidade em que deve ser efetuado seu pagamento, que deve ser prévio, ou seja, deve anteceder a transferência do domínio a favor do expropriante. O requisito de que a indenização seja prévia constitui, assim, uma garantia constitucional da inviolabilidade da propriedade. Uma vez fixado o montante definitivo da indenização, a jurisprudência argentina tem estabelecido que seu pagamento deve efetuar-se dentro do prazo de trinta dias hábeis a partir da data do trânsito em julgado da decisão.

Na Lei expropriatória mexicana foi previsto que a indenização deve ser paga dentro de um ano a partir da declaração de expropriação, em moeda nacional, podendo ser convencionado o pagamento em espécie (art 20).

Em Portugal, as indenizações devidas em decorrência da expropriação por utilidade pública são pagas em dinheiro, de uma só vez, salvo as exceções previstas no Código das Expropriações. Fixado, por decisão transitada em julgado, o valor da indenização a ser paga pelo expropriante, ele será notificado para depositar o montante devido na Caixa Geral de Depósitos no prazo de dez dias (art. 65º c/c art. 68º).

---

<sup>1099</sup> Op. cit., p. 313-315.

Na Espanha, uma vez determinado o preço justo, proceder-se-á, no prazo máximo de seis meses, ao pagamento do montante apurado (art. 48, Lei de 16-12-1954). Quando houverem transcorrido seis meses desde o início legal do expediente expropriatório sem que se tenha determinado por resolução definitiva o preço justo das coisas ou direitos, a Administração expropriante responsável pela demora estará obrigada a pagar ao expropriado uma indenização que consistirá no interesse legal do preço justo até o momento em que se tenha determinado que se liquidará com efeitos retroativos, uma vez que o preço justo tenha sido efetuado (art. 56). Se transcorrerem dois anos sem que o pagamento do valor fixado como preço justo se efetive ou se consigne, proceder-se-á a nova avaliação das coisas ou do direito objeto de expropriação (art. 58).

Nos termos do art. 100 da Constituição Federal, à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado (§ 1º-A do art. 100 CF, acrescentado pela EC 30/2000).



Bem explicam Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1100</sup> que a exceção prevista pela norma não dispensa a inclusão dos créditos alimentares em precatórios judiciais. Há duas ordens para os precatórios judiciais: a ordem geral, ordinária e a ordem especial, da qual fazem parte os créditos de natureza alimentar. Nesses casos, o credor da Fazenda Pública não precisa aguardar a ordem cronológica de precatório judicial ordinário, devendo receber seu crédito de uma só vez, atualizado monetariamente (classe especial de precatório). Acrescentam que todo crédito contra a Fazenda Pública, oriundo de decisão judicial, deve ser incluído nos precatórios de sorte a fazer parte do orçamento.

Exceção a essa regra geral foi prevista no § 3º do art. 100 da Constituição Federal, no qual foi estabelecido que: "O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado".

Na esfera federal, considera-se de pequeno valor a dívida de até sessenta salários mínimos (art. 17, § 1º, c/c art. 3º, *caput*, Lei n. 10.259/2001). Na esfera estadual, enquanto não editadas as leis regulamentadoras da matéria, aplica-se o disposto no art. 87 e incisos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que considera como sendo de pequeno valor, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal as obrigações que tenham valor igual ou inferior a quarenta salários mínimos; e perante a Fazenda dos Municípios, valor igual ou inferior a trinta salários mínimos.

---

<sup>1100</sup> *In Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 273-274.

Se o valor da execução ultrapassar o valor fixado em lei como sendo de pequeno valor, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, e é facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, na forma prevista no §3º do art. 100 (parágrafo único, art. 87, ADCT).

O art. 33 do ADCT dispôs que: "Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de 8 (oito) anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até 180 (cento e oitenta) dias da promulgação da Constituição".

O termo precatório deriva do latim *precatorius*. É especialmente empregado para indicar a requisição, ou propriamente a carta expedida pelos juízes da execução de sentenças, em que a Fazenda Pública foi condenada a certo pagamento, ao Presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras<sup>1101</sup>. Surgiu com a Constituição Federal de 1934, e, antes de sua instituição, a obtenção de pagamento de crédito em face da Fazenda Pública ficava subordinada ao bel-prazer do administrador e a muito esforço e conhecimento político do interessado<sup>1102</sup>.

Precatório é ato administrativo de comunicação interna, por intermédio do qual o Estado-Poder Judiciário comunica-se com o Estado-Poder

---

<sup>1101</sup> Cf. Bruno Espiñeira Lemos, *in Precatório: trajetória e desvirtuamento de um instituto: necessidade de novos paradigmas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 41.

<sup>1102</sup> Cf. Leonardo José Carneiro da Cunha, citando Milton Flaks e Paulo Sérgio Cavalcanti Araújo, *in A Fazenda Pública em juízo*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005, p. 209.

Executivo, dando-lhe notícia da condenação a fim de que, ao elaborar o orçamento-programa para o exercício subsequente, o valor correspondente tenha sido incluído na previsão orçamentária<sup>1103</sup>; é uma ordem de pagamento emitida pelo juízo da execução<sup>1104</sup>; significa precisamente a carta que é expedida ao Presidente do respectivo Tribunal, pelos juízes que executam sentença condenatória da Fazenda Pública a certo pagamento a fim de que inclua o crédito exeqüendo na ordem cronológica das requisições, e, no momento oportuno, efetue o pagamento devido<sup>1105</sup>.

Atualmente, qualquer que seja a natureza do crédito judicial havido em face da Fazenda Pública, deverá ele submeter-se à sistemática do precatório, ressalvados os créditos de pequeno valor.

Quanto à iniciativa de liquidar a sentença de desapropriação, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que segue a regra geral de que cabe a quem aproveita o julgado; em princípio, portanto, à Administração Pública que precisa da carta de adjudicação para o registro da propriedade do imóvel, e, também, ao expropriado que tem interesse no recebimento do preço<sup>1106</sup>.

Vem-se entendendo que quando a indenização for fixada somente na sentença, não tendo ocorrido imissão provisória nem depósito prévio, o expropriado deverá promover a sua execução, com a posterior expedição de precatório<sup>1107</sup>.

---

<sup>1103</sup> Cf. Antônio Flávio de Oliveira. *Precatórios: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 46.

<sup>1104</sup> Cf. Kildare Gonçalves Carvalho. *Direito constitucional*. 12. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 937.

<sup>1105</sup> Cf. Min. Ilmar Galvão, *apud* Bruno Espiñeira Lemos, op. cit., p. 42.

<sup>1106</sup> STJ, 2ª T., REsp 14860/RJ, m. v., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 13-5-1996, p. 15540.

<sup>1107</sup> Em sentido contrário Antônio Flávio de Oliveira, que defende que a desapropriação de imóveis urbanos, se levada a efeito com o uso de precatório, ainda que autorizado este por decisão judicial, implica violação do texto constitucional, porquanto se deve entender de forma sistemática o conteúdo da Constituição, a fim de que se dê cumprimento a todas as suas disposições. Assim, a regra é que se utilize o precatório para o cumprimento das

A Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento de que, nas ações de desapropriação direta, as execuções propostas contra a Fazenda Pública estão sujeitas ao rito previsto no art. 730 do Código de Processo Civil, devendo o juiz, antes de ordenar o pagamento da condenação judicial mediante expedição de ofício requisitório, determinar sua prévia citação para opor embargos à execução<sup>1108</sup>. Também já decidiu que: "Desapropriação. Processual Civil. Liquidação e execução contra a Fazenda Pública. CPC, art. 700. Lei 3.365/41 (art. 19). 1. Na desapropriação o ofício requisitório depende de precedente liquidação para a apuração do valor líquido e certo devido (justo preço e consectários legais), com a citação da Fazenda Pública para a execução (art. 730, CPC e art. 19, Lei 3.365/41). Precedentes Jurisprudenciais<sup>1109</sup>. "Processo civil. Execução contra a Fazenda Pública. Desapropriação. As execuções de sentença propostas contra a Fazenda Pública, inclusive em se tratando de desapropriação, estão sujeitas ao rito previsto no artigo 730 do Código de Processo Civil; o juiz não pode, antes de observar esse procedimento, determinar o pagamento da condenação judicial mediante simples ofício ou intimação. Embargos de divergência acolhidos"<sup>1110</sup>. "Processo civil. Execução de sentença. Desapropriação. A sentença proferida em ação de desapropriação tem carga condenatória no que se refere ao montante da indenização; conseqüentemente, sua execução, que diz respeito a quantia certa, segue o rito previsto no artigo 730 e seguintes do Código de Processo Civil"<sup>1111</sup>.

---

decisões judiciais, exceto quando o próprio texto constitucional fixar outra forma de cumprimento para as sentenças das quais resulte obrigação de pagar para o Estado, como é o caso da desapropriação. Op. cit., p. 181.

<sup>1108</sup> STJ, 2ª T., REsp 104775/SP, v. u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14-2-2005, p. 147. A 2ª T. do STJ, também, decidiu que: "Processo Civil. Execução contra a Fazenda Pública. Desapropriação. A execução contra a Fazenda Pública deve seguir o procedimento previsto no artigo 730 do Código de Processo Civil; regime aplicável à desapropriação", REsp 130.399/SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 14-12-1998, p. 203;

<sup>1109</sup> STJ, 1ª T., REsp 142736/SP, v. u., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 8-6-1998, p. 26. Também, no REsp 160310/SP, o STJ, por meio de sua 1ª T., v.u., rel. Min. José Delgado, decidiu que: "Ação de desapropriação. Expedição de ofício requisitório. Ausência de intimação da Fazenda Pública. Negativa de vigência ao comando do art. 730 do CPC. Recurso provido. 1. A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública deverá obedecer ao comando inserto no art. 730, do CPC, que determina a citação da mesma para opor embargos à execução", DJ 3-8-1998, p. 110.

<sup>1110</sup> STJ, 1ª Seção, EREsp 160573/SP, m. v., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 26-6-2001, p. 99.

<sup>1111</sup> STJ, 2. T., REsp 127702-SP, m. v., rel. p/ o acórdão Min. Ari Pargendler, DJ 9-8-1999, p. 157.

"Desapropriação. Art. 730 do CPC. Homologação de conta de liquidação. Expedição de precatório. Citação da Fazenda para oposição de embargos. Necessidade. Recurso especial provido. A citação é ato essencial para a validade do processo executório, pelo que não se faculta ao juiz a expedição imediata de precatório na decisão que homologa conta de sentença. Recurso especial conhecido e provido"<sup>1112</sup>.

Por outro lado, já se decidiu que: "Desapropriação. Execução. Cálculos de liquidação. Anuência. Embargos. Art. 730, CPC. 1. Havendo no processo expropriatório concordância das partes acerca do valor dos cálculos, dispensa-se a citação para embargos a que alude o art. 730, do CPC, expedindo-se, desde logo, o precatório"<sup>1113</sup>. "Comprovado o depósito do valor da indenização objeto de acordo entre as partes, constante do precatório expedido, forçoso reconhecer a extinção da execução, tornando-se desnecessária a citação da Autarquia, nos termos do art. 730 do CPC"<sup>1114</sup>.

Assim, não interpostos embargos ou sendo eles rejeitados, a execução prosseguirá, com a requisição do pagamento feito pelo juiz processante ao presidente do tribunal que confirmou a decisão exequenda. O precatório requisitório será processado no tribunal, conforme previsto em seu regimento interno. Quando ele for apresentado até o dia 1º de julho, será, obrigatoriamente, incluído no orçamento da entidade de direito público, onde a respectiva verba ficará reservada. O pagamento será efetuado até o fim do exercício financeiro seguinte, devidamente atualizado, respeitada a ordem

---

<sup>1112</sup> STJ, 2ª T., REsp 285969/SP, v. u., rel. Min. Franciulli Neto, DJ 6-10-2003, p. 243.

<sup>1113</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AI 900103829-8/PA, v. u., rel. Fernando Gonçalves, DJ 19-11-1990, p. 27469.

<sup>1114</sup> TRF-2ª Reg., 5ª T. Esp., AI 990228452-3/RJ, v. u., rel. Paulo Espírito Santo, DJU 9-2-2006, p. 214.

cronológica de apresentação dos precatórios, sob pena de se proceder ao seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito<sup>1115</sup>.

O juiz determina a expedição de precatório ao Presidente do respectivo tribunal para que fique consignado à sua ordem o valor do crédito, com requisição às autoridades administrativas para que façam incluir no orçamento geral, a fim de proceder ao pagamento no exercício financeiro subsequente, conforme esclarece Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>1116</sup>, que, ainda, acrescenta:

Determinada a expedição do precatório pelo juiz, deverá o cartório judicial providenciar sua autuação com cópia das principais peças dos autos originários, dentre elas a certidão de trânsito em julgado (requisito relevante diante do §1º do art. 100 da CF/88) e a referência à natureza do crédito, se alimentício ou não. Estando instruído e assinado pelo juiz, o precatório deverá ser encaminhado ao Presidente do respectivo tribunal, sendo ali registrado, autuado e distribuído. O Presidente do tribunal deverá inscrever o precatório e comunicar ao órgão competente para efetuar a ordem de despesa, a fim de que a Administração Pública passe a adotar as medidas necessárias e suficientes à abertura do crédito que irá liquidar a dívida mediante depósito bancário feito à disposição da presidência do tribunal. Na verdade, o precatório há de ser inscrito até o dia 1º de julho para que seja o correspondente montante inserido no próprio orçamento que ainda será aprovado, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando o crédito terá o seu valor corrigido monetariamente. Assim, sendo, por exemplo, o precatório inscrito até 1º de julho de 2003, deverá o correlato valor ser pago até o dia 31 de dezembro de 2004. Caso o precatório somente seja inscrito após o dia 1º de julho de 2003, haverá a perda de um exercício financeiro, devendo ser incluído no orçamento seguinte para ser pago até o dia 31 de dezembro de 2005 (CF/88, art. 100, § 1º).

Por ter a Constituição Federal estabelecido que a indenização na desapropriação por utilidade pública é prévia, melhor seria que ela também

---

<sup>1115</sup> Sobre o assunto consultar Rodrigues Wambier, Correia de Almeida e Talamini, *in Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2, p. 363-364.

<sup>1116</sup> Op. cit., p. 209-210.

tivesse previsto, no mínimo, que o pagamento dessa indenização fosse incluído na ordem especial de precatórios, da qual já fazem parte os créditos alimentares.

Sobre o pagamento da indenização e o precatório, Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>1117</sup> aduz que:

Tal como constitucionalmente previsto e administrativamente praticado, o precatório não é uma solução, mas um problema no Brasil. Num país em que uma ação de desapropriação dura, em média, como antes mencionado, oito anos para chegar à decisão judicial, ter-se que esperar posteriormente, às vezes mais dois anos, para se obter o pagamento do precatório do montante indenizatório determinado é inaceitável como resposta ao direito constitucional fundamental à prestação jurisdicional eficiente e eficaz. Talvez nesse ponto e por causa exatamente dessa circunstância é que se tenha difundido, socialmente, que se "sofre" uma desapropriação. Porque a peregrinação por corredores da Administração Pública, por salas de audiência de juízes, por Tribunais e, posteriormente, o sacrifício final do aguardo do momento do pagamento suplanta todas as expectativas de paciência esperável de um cidadão. Na desapropriação, a eternização dos precatórios é exemplo de um dos mais graves problemas havidos na prestação jurisdicional. Conquanto extrapole a ação autônoma do Poder Judiciário - vez que a definição de recursos orçamentários para o seu acatamento não repousa no âmbito de ação desse poder -, é certo que o direito à jurisdição não acaba na possibilidade de se pleitear a prestação, mas na execução da jurisdição prestada. Por isso, há que se encontrar uma fórmula legal, que propicie definição do valor definitivo da indenização num único momento - sem o risco dos retornos permanentes para atualização do montante a ser pago -, a fim de que o precatório deixe de ser um modelo de contorno e mora para a entrega do que é administrativamente devido ao particular. Há mister remarcar-se também que, depois de expedido o precatório, não se há falar em acordo ou negociação da entidade pública desapropriante com o particular, o que constitui fraude não apenas ao direito dos demais desapropriados, mas lesão a todos os que se põem na ordem de pagamento dos precatórios, pois, nesse caso, o que se tem é, de uma parte, um agente administrativo ávido em buscar "descontos" no valor devido, como se isso fosse salutar para a Administração Pública (e que não, pois a ela não compete e nem dela se espera frustrarem-se direitos dos cidadãos para obter alguns "trocados" a mais de "economia" para os cofres públicos), e, de outra parte, um particular ansioso por se ver livre da "fila" do precatório, e que negocia seu "lugar na fila" por um "desconto" daquilo que lhe é reconhecidamente devido. Qualquer acordo feito, portanto, após a expedição do precatório é nulo, não gera direitos, ainda que, vislumbrado sob o exclusivo enfoque do que se pagaria a menor em virtude de tal "acordo" se pudesse

---

<sup>1117</sup> Op. cit., p. 48-49.

cogitar de um benefício, na verdade inexistente, para a sociedade e que pudesse ser considerado juridicamente válido".

Tem razão a ilustre autora. O pagamento por meio de precatório acaba por gerar algumas dúvidas. Uma delas diz respeito à atualização do seu valor: discute-se se, além de eventual correção monetária, cabem juros de mora no interregno fixado pelo art. 100, § 1º, da Constituição Federal.

É que, nos termos do § 1º do art. 100 da CF, estabeleceu-se ser obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando os seus valores serão atualizados monetariamente.

A questão já foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE n. 305.186-5/SP. Ao proferir seu voto, o rel. Min. Ilmar Galvão deixa claro que a questão é posta sob o enfoque do § 1º do art. 100 da Carta Magna, que determina sejam atualizados, em 1º de julho, os valores objeto do instrumento requisitório, devendo ser apreendido o sentido com que o constituinte empregou o termo atualização no citado § 1º do art. 100. Observa que:

tal expressão foi também utilizada no art. 33 do ADCT, que disciplinou o pagamento dos precatórios pendentes na data da promulgação da Carta de 1988, os quais poderiam ser resgatados "em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989...". Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, decidiu que o pagamento parcelado não ensejava a imposição de juros, uma vez inexistente a mora *solvendi*. Citem-se, como exemplos os REs 158.430 (Ministro Néri da Silveira) e 149.466 (Ministro Octavio Gallotti), destacando-se neste último, a seguinte passagem do voto do



Relator: "Essa exegese gramatical coincide com a lógica, pois juros de mora são conceitualmente os decorrentes do retardamento no cumprimento da obrigação, não havendo razão para impô-los, em referência a uma dívida que, no caso, está sendo satisfeita dentro do prazo da Constituição". De crer-se que o raciocínio permanece válido para a hipótese dos autos, sobretudo se se considerar que o art. 1º da Lei nº 4.414, de 24-9-64, estabelece que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos juros de mora "na forma do direito civil", dispondo o art. 955 do Código Civil, por sua vez, que "considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados". Sendo assim, não pode ser tido em mora, com maior razão, o devedor que cumprir o prazo constitucionalmente estabelecido. Esta foi a convicção manifestada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 149.466, antes referido, quando ponderou que "juros de mora envolvem inadimplência". Ora, se tal conclusão foi encampada pela Corte nas hipóteses em que o resgate parcelado da dívida constituía uma opção do devedor (art. 33 do ADCT), outra não pode ser a orientação quando se trata de pagamento abarcando lapso temporal imposto pelo texto permanente da Carta. Se não há inadimplência, ou mora *debetoris*, quando a entidade de direito público exercita a faculdade que lhe é mais favorável, não poderá haver quando utiliza a única forma de pagamento possível. Ademais, há de ponderar-se que, via de regra, a simples atualização monetária do montante pago no exercício seguinte à expedição do precatório já corrige, junto com o principal, todas as verbas acessórias, inclusive os juros lançados na conta originária. Sendo assim, a incidência contínua de juros moratórios representaria capitalização de tais juros, o que não se justificaria nem mesmo em face dos créditos de natureza alimentar. Registre-se, por último, que a EC 30/2000 imprimiu nova redação ao citado § 1º do art. 100, estabelecendo que os precatórios, apresentados até 1º de julho, devem ser pagos "até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente". Duas novidades, portanto: atualização protraída para a ocasião do pagamento, exatamente para evitar a perenização da dívida, com precatórios sucessivos; e atualização especificada como de natureza monetária, sem menção a juros de mora, circunstância que reforça o entendimento de que, por vontade do constituinte - originário ou derivado -, não são eles devidos, em casos tais<sup>1118</sup>.

---

<sup>1118</sup> Foi proferida a seguinte Ementa: "Constitucional. Crédito de natureza alimentar. Juros de mora entre a data da expedição do precatório e a do efetivo pagamento. C.F., art. 100, § 1º (redação anterior à EC 30/2000). Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT. Recurso extraordinário conhecido e provido", STF, 1ª T., REsp 305186/SP, v. u., Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 18-10-2002, p. 49. No AgRg no RE n. 459.057-3/SP, já havia sido decidido que: "Constitucional. Administrativo. Desapropriação. Precatório. Parcelamento. Art. 33 do ADCT. Juros compensatórios e moratórios. Exclusão. Incidência de juros moratórios no pagamento de parcelas pagas em atraso. Expedição de novo precatório. Precedentes. I - Excluem-se os juros moratórios e compensatórios do pagamento de precatórios decorrentes de desapropriação, realizado conforme o art. 33 do ADCT, contanto que se observem as épocas próprias dos vencimentos das prestações. Os juros moratórios são cabíveis nos casos de inadimplência da Fazenda Pública no pagamento do parcelamento previsto no art. 33 do ADCT. RE 155.979/SP, Min. Marco Aurélio, "DJ" de 23-2-2001; RE 400.413-AGr/SP, Min. Carlos Britto, "DJ" de 8-11-2004, *inter plures*", STF, 2ª T, AgRg no RE 459.057-3/SP, v. u., rel. Min. Carlos Veloso, DJ 9-12-2005, p. 24.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que: "Recurso Extraordinário. 2. Precatórios. Juros de mora. 3. Art. 100, § 1º, da Constituição Federal. Redação anterior à Emenda 30, de 2000. 4. Inclusão no orçamento das entidades de direito público. Apresentação até 1º de julho, data em que terão seus valores atualizados. 5. Prazo constitucional de pagamento até o final do exercício seguinte. 6. Descaracterização da mora, quando não há atraso na satisfação dos débitos. 7. Recurso extraordinário provido"<sup>1119</sup>; "Constitucional. Crédito de natureza alimentar. Juros de mora entre a data da expedição do precatório e a do efetivo pagamento. C. F., art. 100, § 1º (redação anterior à EC 30/2000). Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT"<sup>1120</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça havia firmado entendimento no sentido da incidência de juros de mora na conta de atualização de precatório complementar<sup>1121</sup>. Entretanto o posicionamento contrário adotado pelo Supremo Tribunal Federal acabou sendo transpassado para o Superior Tribunal de Justiça que passou a entender "quanto aos juros moratórios, aplica-se a lei nova às desapropriações em curso. Todavia, recente jurisprudência do STJ e do STF estabelece a incidência dos juros moratórios em precatório complementar

---

<sup>1119</sup> STF, Tribunal Pleno, RE 298616/SP, m. v., rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 3-10-2003, p. 10.

<sup>1120</sup> STF, 1ª T., RE 305186/SP, v. u., rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 18-10-2002, p. 49.

<sup>1121</sup> Nesse sentido: "Precatório complementar. Inclusão de juros de mora. Admissibilidade. Cabe, na expedição de precatórios sucessivos, a inclusão dos juros vencidos até o efetivo pagamento", STJ, 2ª T., REsp 81759/DF, rel. Min. Hélio Mosimann, DJ 11-3-1996, p. 6611; "Administrativo. Desapropriação. Precatório. Demora no pagamento. Juros de mora. 1- Os juros moratórios são devidos no período compreendido entre o momento em que o precatório foi expedido e o da ocorrência do efetivo pagamento. 2- Para que a indenização seja integral, há que se considerar a mora a que incidiu a desapropriante por ter demorado a liquidar o *quantum* apurado. 3- A inclusão dos juros de mora em tal hipótese é homenagem prestada ao princípio constitucional da justa indenização. 4- Recurso parcialmente provido, apenas quanto ao índice de correção monetária", STJ, 1ª T., REsp 84004/DF, rel. Min. José Delgado, DJ 14-10-1996, p. 38941.

somente quando ultrapassado o prazo constitucional, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, consoante a MP n. 2.027-39, de 1-6-2000, haja vista que vigente à época do *decisum* ora atacado, e que modificou o art. 15-B, do Decreto-lei n. 3.365/42, motivo pelo qual se afasta a incidência da Súmula n. 70/STJ ('Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença')"<sup>1122</sup>. "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 298.616-0/SP, consoante voto condutor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, ratificou o entendimento consolidado pela Primeira Turma daquela Corte no Recurso Extraordinário n. 305.186-5/SP (relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 18-10-2002), delimitando o conteúdo e a extensão do termo 'atualização' inscrito no art. 100, § 1º, da Constituição Federal, para afastar a incidência dos juros de mora no período compreendido entre a data da expedição do precatório judicial e daquela fixada no mencionado dispositivo para seu pagamento, ou seja, até o final do exercício seguinte"<sup>1123</sup>.

No mesmo sentido os demais Tribunais vêm decidindo que: "O pagamento através de precatório decorre da CF/88, que o disciplina, com exclusividade, de sorte que a única alteração possível no valor da dívida é a que se refere à atualização monetária prevista no § 2º do artigo 100 da CF/88. A mora se configura pelo retardo no adimplemento obrigacional causado pelo devedor, o que não se confunde com o lapso de tempo derivado da tramitação do precatório, que constitui norma constitucional imperativa, que não gera direito a juros, sob pena de se entender que a própria CF/88, fonte de todos os direitos e deveres, causa prejuízo aos cidadãos, o que se afigura impossível. Ademais, a incidência contínua de juros moratórios em sucessivos precatórios acarreta duas conseqüências impróprias: a perpetuação da dívida, que jamais será quitada,

---

<sup>1122</sup> STJ, 1ª T., AgRg no REsp 613.043/SP, v. u., rel. Min. Luiz Fux, DJ 27-3-2006, p. 161.

<sup>1123</sup> STJ, 2ª T., REsp 433.514/MG, v. u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 22-11-2004, p. 298.

ainda que alcançada a estabilidade da moeda, tornando-se espécie de investimento de capitalização a longo prazo, com rendimento de 6% ao ano. E o descabido cômputo de juros sobre juros, porque se no primeiro precatório os juros já foram calculados, a mera atualização monetária de seu montante quando do precatório subsequente remuneraria aquela demora, esta sim, concreta, entre o cálculo do montante devido e o pagamento inicial. Todavia, se a conta, como no caso dos autos, destaca para o segundo precatório uma nova parcela de juros, separadamente do valor global, resulta que não são juros originais, apenas que corrigidos, mas novos juros sobre aquele total primitivo"<sup>1124</sup>. A inclusão de juros de mora no precatório complementar só se justificaria se houvesse efetivo atraso no depósito em descumprimento do art. 100, § 1º, CF. A não incidência de juros de mora a não ser naquela hipótese é a firmada na Súmula n. 45 do TRF/4ª Região e, mais relevante, foi assim entendido pela 1ª Turma do STF no RE n. 305.186 julgado em 17/9/2002 (rel. Min. Ilmar Galvão). No âmbito da Suprema Corte a questão se pacificou pela não inclusão dos juros de mora desde que obedecido o prazo constitucional em matéria de precatório, ou seja, durante "dezoito meses" e apaga qualquer inadimplência e por isso não há que se falar em mora e os juros tornam-se incabíveis porque representam penalidade pelo persistir do inadimplemento"<sup>1125</sup>. O Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que se não houver o pagamento do valor consignado no precatório até o mês de dezembro do ano seguinte ao de sua apresentação, é de se reconhecer a incidência dos juros de mora a partir de 1º de janeiro subsequente, até a data do efetivo pagamento da obrigação. Nas desapropriações, os juros compensatórios não são devidos nos cálculos de

---

<sup>1124</sup> TRF -1ª Reg., 1ª T., AI n. 94.01.31709-7/DF, m. v., rel. Aldir Passarinho Júnior, DJU 2-9-1996, p. 63481. No mesmo sentido, TRF-1ª Reg., 1ª T., AC 1997.01.00.0128730-3/MG, m. v., rel. Aldir Passarinho Júnior, DJ 9-2-1998, p. 220.

<sup>1125</sup> TRF-3ª Reg., 1ª T., AI 188926, proc. 2003.03.00.057486-6/SP, v. u., rel. juiz Johansom Di Salvo, DJU 27-4-2005, p. 205.

atualização do valor da indenização devida pelo ente expropriante<sup>1126</sup>. Cabível a atualização dos valores do precatório complementar, no período entre a última atualização e a data do pagamento, porque desrespeitado o prazo previsto no art. 100, § 1º, da Constituição Federal<sup>1127</sup>.

Explica Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>1128</sup> que os juros incidem em razão da mora do devedor. No caso do precatório, uma vez inscrito até o dia 1º de julho, o crédito correspondente deve ser pago até o final do exercício seguinte. Realizado o pagamento nesse período constitucionalmente fixado, não há mora, não havendo, portanto, que se falar em cômputo de juros. Decorrido o exercício financeiro, e não tendo sido pago, a partir de janeiro do ano seguinte é que deve iniciar o cômputo dos juros. Exemplifica dizendo que um precatório que tenha sido inscrito até o dia 1º de julho de 2003, deverá ser pago até o dia 31 de dezembro de 2004, respeitada a ordem cronológica de inscrição. Sendo o pagamento realizado até aquele dia 31 de dezembro, não haverá cômputo de juros moratórios, uma vez que não houve inadimplemento. Passado, contudo, o dia 31 de dezembro de 2004, sem que tenha havido o pagamento, haverão de incidir juros moratórios a partir de 1º de janeiro de 2005 até a data em que ocorrer o efetivo pagamento. Conclui que, atualmente, só existe precatório complementar para a cobrança de juros moratórios do período posterior ao exercício em que deveria ter sido pago o precatório. Entre a data da expedição do precatório e a do efetivo pagamento não há cômputo de juros, sendo o valor pago corrigido monetariamente, sem possibilidade de haver precatório complementar.

---

<sup>1126</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 2001.01.00.039550-0/MG, rel. des. Carlos Olavo, DJ 30-8-2005, p. 23.

<sup>1127</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 2004.01.00.003658-9/MT, rel. des. Carlos Olavo, DJ 8-9-2005, p. 20.

<sup>1128</sup> Op. cit., p. 218-219.

Quanto à possibilidade de expedição complementar para obtenção de diferenças de valores correspondentes à correção monetária, entende o autor parecer não mais ser possível, já que pela redação conferida ao §1º do art. 100 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 30/2000, o pagamento do precatório deve ser feito em valor corrigido monetariamente, evitando-se a posterior e sucessiva expedição de precatórios complementares<sup>1129</sup>.

Cássio Scarpinella Bueno<sup>1130</sup> acrescenta que a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 trouxe para a Lei n. 9.494/1997 o art. 1-E, dispondo que: "São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor". Admite-se, pois, a revisão oficiosa ou provocada das contas relativas aos valores requisitados por precatórios antes de seu efetivo pagamento, sendo do Presidente do Tribunal a competência para decidir sobre o incidente.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que: "Nos cálculos de atualização de valores em precatório complementar é dispensável a citação da Fazenda Pública. 2. O disposto no artigo 730 do Código de Processo Civil só se aplica no início de execução para pagamento de quantia certa"<sup>1131</sup>.

---

<sup>1129</sup> Cf. Leonardo José Carneiro da Cunha, op. cit., p. 217. Entretanto melhor seria, a nosso ver, que a norma constitucional permitisse o recebimento, sem precatório, do valor máximo considerado como sendo de pequeno valor, ficando somente a quantia restante para ser recebida por meio de precatório, sem que para isso tivesse que haver renúncia de crédito por parte do exeqüente.

<sup>1130</sup> *O Poder Público em juízo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 256-257.

<sup>1131</sup> STJ, 2ª T., AgRg no Ag 470233/SP, v. u., rel. Min. Castro Meira, DJ 17-11-2003, p. 263. A situação, todavia, é diferente quando se tratar de homologação de conta de liquidação. Nessa hipótese já decidiu o STJ que: "A citação é ato essencial para a validade do processo executório, pelo que não se faculta ao juiz a expedição imediata de precatório na decisão que homologa conta de sentença" (STJ, 2ª T., v. u., rel. Min. Franciulli Neto, DJ 6-10-2003, p. 243).

Para Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1132</sup>, prévia indenização significa o pagamento do valor real do bem antes de o expropriante exercer qualquer dos poderes derivados do domínio, principalmente a imissão na posse (Lei de Desapropriações, art. 15), daí que, conquanto seja constitucional e legal a imissão provisória na posse (RTJ 101/717), o expropriante deve depositar o valor real, integral e atualizado do bem para poder valer-se dessa prerrogativa, sem o que não terá sido cumprido o mandamento constitucional da prévia indenização.

O art. 15 do Decreto-lei n. 3.365/1941 prevê que: "Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil (1939), o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens. Com a redação dada pela Lei n. 2.786/1956, o seu § 1º dispõe que: "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, 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".

Moraes Salles<sup>1133</sup> observa que o dispositivo prevê a possibilidade de imissão provisória na posse do bem expropriado em duas

---

<sup>1132</sup> *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

<sup>1133</sup> Op. cit., p. 328-329.

situações: depois da citação do réu expropriando e antes da citação do réu expropriado. No primeiro caso, ao determinar a citação do expropriado, o juiz deverá nomear perito para arbitrar o valor a ser depositado pelo expropriante, para fins de imissão provisória na posse do bem objetivado. Havendo impugnação do valor oferecido pelo desapropriante, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, se houver prova a ser produzida. Encerrando a audiência, o juiz decidirá, arbitrando o valor a ser depositado pelo expropriante, determinando, concomitantemente, seja o autor imitado provisoriamente na posse do bem expropriando, logo que efetuado o depósito. Na segunda hipótese, tal seja a urgência de que se revista a imissão provisória, poderá o expropriante requerer que ela se concretize antes da citação do réu. Nessa hipótese, para cálculo da importância a ser depositada, observar-se-á o disposto nas alíneas "a" a "d" do § 1º do art. 15 do Dec.-lei 3.365/1941, sendo que as duas primeiras das alíneas se referem a imóveis expropriandos que estejam sujeitos ao imposto predial, e as duas últimas dizem respeito a imóveis sujeitos ao imposto territorial urbano ou rural.

Posteriormente, o Decreto-lei n. 1.075, de 22-1-1970, regulou a imissão de posse, *initio litis*, em imóveis residenciais urbanos, que estejam habitados pelo proprietário ou promissário comprador, com promessa de compra inscrita no Registro de Imóveis, em se tratando de desapropriação por utilidade pública. Nesses casos, condicionou, para a imissão provisória na posse do bem, a alegação de urgência e o depósito do preço oferecido, quando este não fosse impugnado pelo expropriado em cinco dias da intimação da oferta (art. 1º). Impugnada a oferta pelo expropriado, o juiz, servindo-se, caso necessário, de perito avaliador, deverá fixar o valor provisório do imóvel em quarenta e oito horas (art. 2º). O perito, quando designado, deverá apresentar o laudo no prazo máximo de cinco dias (parágrafo único, art. 2º). 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 (art. 3º). Nesse caso, foi fixado em dois mil e trezentos salários mínimos vigentes na região o máximo do depósito a que está obrigado o expropriante (art. 4º)<sup>1134</sup>.

Kiyoshi Harada<sup>1135</sup> historia que, a partir de 1985, começaram as primeiras reações do Judiciário como resultado de uma situação conjuntural caracterizada pelo descumprimento de milhares de precatórios judiciais expedidos nos autos das expropriatórias. Em São Paulo, o então juiz da 1ª Vara da Fazenda Municipal, Dr. Homero Benedicto Ottoni Netto, liderou a aplicação da tese revolucionária que implicava a auto-executoriedade do princípio constitucional do prévio pagamento da justa indenização, pois no despacho inaugural determinava sucessivamente: a) a avaliação definitiva do imóvel pelo perito no prazo de 10 dias; b) depósito do valor encontrado pela perícia; c) expedição do mandado de imissão provisória na posse; d) citação do expropriado para os termos da ação, com a faculdade de apresentar críticas ao laudo pericial.

Complementa Pedro Aurélio Pires Maríngolo<sup>1136</sup> que, nos idos de 1990, em São Paulo, vários juízes passaram a discutir, entre outros temas, a questão da imissão provisória nas ações de desapropriação, que até então se fazia, quase sempre, mediante o depósito do simples valor cadastral

---

<sup>1134</sup> O TJRS, por sua 3ª Câmara Cível, no AI 584049845, tendo como rel. des. Adroaldo Furtado Fabricio, entendeu que "A restrição decorrente do art. 1º do Decreto-lei n. 1.075/70, condicionando a imissão liminar à não impugnação do valor oferecido, apenas incide quando importe em desocupação de imóvel ou economia destinada efetivamente a residência individual ou familiar. Não se aplica, pois, a desapropriação de faixa de terreno pertencente a comunhão", j. 14-2-1985. Disponível em <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em 20-10-2005.

<sup>1135</sup> Op. cit., p. 108-109.

<sup>1136</sup> A avaliação provisória e a imissão do expropriante na posse do imóvel. In *Ação de desapropriação: teoria e prática*. Wanderley José Federighi ... [et al.]. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149 e 155.

municipal dos imóveis ou de metade do valor judicialmente arbitrado, limitado a dois mil e trezentos salários mínimos. Esses estudos, publicados na RT, v. 669, p. 243/252, tiveram suas conclusões adotadas em todas as Varas de Fazenda Pública da Capital, e acabaram por gerar um procedimento pretoriano para a avaliação provisória, quando, então, as administrações passaram a ter de antecipar praticamente todos os recursos necessários para as expropriações, e assim deixaram de apenar, ao menos a esse título, o orçamento das administrações sucessivas.

O Superior Tribunal de Justiça, inicialmente, inclinou-se pela aplicação da legislação ordinária nos termos em que se acha posta<sup>1137</sup>. Posteriormente, passou a entender que, "Conforme a jurisprudência desta Colenda Corte, 'não nega vigência ao parágrafo 1º, do art. 15, do Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-41, o acórdão que condiciona a imissão provisória na posse do imóvel expropriado ao prévio depósito do seu valor fixado em avaliação prévia'"<sup>1138</sup>. "Para fins de imissão antecipada na posse, não atendem o mandamento constitucional da justa indenização, ou o do simbólico valor venal. Apenas o *caput* do art. 15 do DL 3365/41 está em vigor, porquanto recepcionado pela Nova Carta, o que não acontece com os demais parágrafos do

---

<sup>1137</sup> "Desapropriação. Imóvel urbano. Imissão. Depósito. Na espécie, a imissão provisória há de ser concedida em face da alegação de urgência e mediante o depósito de 50% do valor apurado na avaliação prévia" (STJ, REsp 15.733/SP, rel. Min. Américo Luz, DJ 3-8-92, p. 11.278); "Desapropriação. Inteligência dos artigos 15 da Lei n. 3.365, de 1941 e do artigo 3º do Decreto-lei n. 1.075, de 1970. Na desapropriação, o bem só se transfere ao expropriante depois do pagamento definitivo do preço, mas, isso não impede que, mediante depósito prévio de importância estabelecida em laudo de perito, seja o expropriante imitado imediatamente, na posse. O artigo 15 da Lei n. 3.365, em combinação com o artigo 3º do Decreto-lei n. 1.075/70, constitui uma conciliação entre as hipóteses de premente necessidade do expropriante e o preceito constitucional que preconiza a justa e prévia indenização. O depósito prévio, como previsto na lei, não tem o objetivo de cobrir, em sua inteireza, o *quantum* da indenização, que só será identificável, a final. A indenização integralizada, por determinação constitucional, condiz com o direito de propriedade, é devida na oportunidade em que o domínio (e não a posse provisória) se transfere ao expropriante, com definitividade. O artigo 5º, inciso XXIV e o parágrafo 3º do artigo 182 da Constituição Federal, em nada diferem na respectiva dicção, em relação as cartas federais anteriores, que impliquem numa compreensão diferente, sobre vedarem a imissão provisória na posse do bem expropriado, na forma da legislação ordinária em vigor" (STJ, 1ª T., REsp 28262/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 8-3-1993, p. 3098).

<sup>1138</sup> STJ, 1ª T., REsp 78521/RO, v. u., rel. Min. José de Jesus Filho, DJ 4-3-1996, p. 5387.

citado artigo"<sup>1139</sup>. "Apenas o *caput* do art. 15 do Decreto-lei n. 3.365/41 foi recepcionado pela Nova Carta. São incompatíveis com o princípio constitucional da prévia e justa indenização os demais parágrafos do art. 15 referido"<sup>1140</sup>.

Com o incidente de uniformização de jurisprudência no REsp n. 19.647-0/SP, o Superior Tribunal de Justiça resolveu que: "Processual. Desapropriação. Imissão provisória. Prévia avaliação judicial. A imissão provisória em imóvel expropriando, somente é possível mediante prévio depósito de valor apurado em avaliação judicial provisória"<sup>1141</sup>.

O relator, Min. Humberto Gomes de Barros, ao proferir seu voto observou que, na hipótese, o fenômeno era diferente:

a imissão pretendida reveste-se de caráter definitivo. Não se trata de simples imissão de posse. Cuida-se de esvaziar a propriedade, retirando-lhe todo o substrato. O argumento de que a imissão provisória atinge a posse, não a propriedade, é improcedente. A Constituição protege a propriedade como um bem vida, uma fonte de utilidade; não um simples título registrado. O preceito constitucional, quando condiciona o pagamento à prévia e justa indenização, tem como escopo tornar possível ao expropriado a reconstituição de seu patrimônio. Ora, quem é expulso de sua casa, tem sua propriedade esvaziada naquilo que ela tem de interessante: o *jus utendi et fruendi*. A se cumprir o preceito constitucional, antes da expulsão, o expropriado deveria receber dinheiro suficiente para adquirir utilidade equivalente àquela que o Estado lhe está tomando. A propriedade tem destinação social. Ela deve sucumbir ao primado do interesse público e da necessidade social. No entanto, esta submissão observa regras inscritas na Constituição. Elas têm como sede, um princípio: o da prévia e justa indenização. Isto significa: o Estado somente revogará a propriedade, após entregar ao dono, numerário correspondente a seu justo valor econômico. Coerente com estes princípios, o Decreto-lei n. 1.075/70, não cogita de imissão definitiva. Trata apenas do ingresso provisório. Para se valer dos permissivos contidos naquele diploma, o expropriante haverá de fazer demonstração de que seu ingresso no bem expropriando não é definitivo, mas provisório. Afino-me, pois, com a jurisprudência da Segunda Turma. Voto no sentido de que a imissão provisória em imóvel desapropriando,

---

<sup>1139</sup> STJ, 2ª T., REsp 20.788-9/SP, rel. Min. Américo Luz, DJ 3-11-1992, p. 19739.

<sup>1140</sup> STJ, 2ª T., REsp 21.925/SP, rel. Min. Peçanha Martins, DJ 28-9-1992, p. 16413.

<sup>1141</sup> STJ, Primeira Seção, IUJ n. 19.647-0/SP, m. v., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 1-8-1994, p. 18578.

somente é possível, mediante depósito prévio de valor em avaliação judicial provisória".

Ao proferir o voto-vogal, o Min. Antônio de Pádua Ribeiro observou que:

A matéria, a meu ver, exige uma meditação profunda, e creio que para fazê-la não nos devemos apoiar nos estudos doutrinários e na jurisprudência, que é ampla, anteriores à nova Constituição. Essa doutrina examinou detidamente e comentou todos os dispositivos da velha Lei das Desapropriações, o Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, tanto quanto a jurisprudência teve ensejo de, minuciosamente, examinar cada um desses preceitos. Fê-lo, porém, em circunstâncias muito diversas daquelas que emergiram após a atual Constituição. O Brasil era outro naquela oportunidade. A moeda era estabilizada, não havia desequilíbrios econômicos nos níveis atuais e, com base nisso, a jurisprudência foi se fixando, vinculando-se os julgadores ao seu cumprimento. Considero-me 'vítima' dessa velha jurisprudência, porque, quando assumi a função de Ministro do Tribunal Federal de Recursos, já há mais de uma década, nos anos de 1980, encontrei essa jurisprudência pacífica, tranqüila, no sentido da constitucionalidade de vários dispositivos da velha Lei das Desapropriações especificamente do art. 15 e parágrafos. Ocorre que abusos começaram a surgir, abusos tamanhos que ofenderam a consciência jurídica dos julgadores a ponto tal que o Egrégio tribunal de São Paulo passou a reagir com veemência. Esses absurdos foram tantos que o Governo de São Paulo conseguiu incluir no bojo da Constituição o art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[...] Isso aconteceu porque o Estado, de maneira abusiva e inconseqüente, passou a desapropriar e a imitir-se na posse de bens de particulares sem ter dinheiro para isso. Portanto, passou a cometer verdadeiros esbulhos. É famoso o caso de desapropriação de palacete, de conhecida família, situado no centro de São Paulo, em que a imissão na posse foi concedida mediante o vil depósito de 'meia dúzia' de cruzeiros ou cruzados. Tudo isso fez com que os juízes, à vista do novo texto constitucional, passassem a repensar as razões dos dispositivos das leis expropriatórias e a dar-lhes interpretação que os harmonizasse com a atual realidade do País. Nesse sentido encontrou-se solução atendo-se aos próprios textos antigos que, em parte, foram elaborados com manifesta sensatez. É o caso do art. 15 do Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-41, cujo *caput* diz:[...]. O art. 685 referia-se àquele texto do velho Código de Processo Civil que admitia avaliação prévia, avaliação cautelar, que também está prevista no Código em vigor. Faz-se uma avaliação provisória e, mediante depósito do valor fixado, defere-se a imissão na posse. Por que isso? Porque imissão na posse, a rigor, consiste na supressão de quase todos os poderes inerentes ao domínio. Domínio sem posse é como revólver sem bala. É algo que tem sua significação extremamente esvaziada. Por isso é que, examinado-se os vários textos constantes dos parágrafos desse dispositivo, verificou-se que aquelas regras do valor locativo, do valor cadastral do imóvel, do valor para fins de lançamento do imposto não condiziam com a nossa realidade atual. O lançamento, por exemplo, é feito com base no ano anterior; portanto, se considerada a data da

imissão na posse, a defasagem é substancial. Por outro lado, as condições são muito variadas. Há locais em que a valorização do imóvel é muito rápida, e isso provoca uma distorção excessivamente grande. Foi diante dessa realidade que o legislador procurou reagir ainda no sistema da Constituição anterior e, nesse sentido, editou o Decreto-lei n. 1.075 versando sobre imóveis urbanos, quando permitiu, que, neste caso, se houvesse recusa do valor da oferta, o Juiz poderia fazer uma avaliação provisória e determinar o depósito de 50% desse valor. Isso para corrigir situações absurdas em que, às vezes, quem possuía um mero imóvel urbano, de repente ia para a rua sem condição de ter onde sequer acomodar a si e a seus familiares. Esses vários absurdos foram tendo correção; inicialmente, o Legislativo, através desse Decreto-lei n. 1.075/70, e, depois, através de brilhantíssimas e sucessivas decisões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nesse contexto, examinando a matéria, procuramos decidi-la não sob o aspecto constitucional - e aqui chamo a atenção disso - mas passamos a entender - e aí se trata de matéria infraconstitucional - que vários desses dispositivos: parágrafos e incisos do art. 15, tanto quanto o art. 3º do Decreto-lei 1.075, de 22 de janeiro de 1970, foram derogados pela atual Constituição. Derrogação, que segundo acórdão padrão, da relatoria do Eminentíssimo Ministro Paulo Brossard, não implica inconstitucionalidade. Quando a Constituição sobrevém e a norma anterior se coloca em confronto com ela, não é caso de inconstitucionalidade, mas de derrogação, e esta é matéria infraconstitucional".

Em sentido contrário, voto do Min. Garcia Vieira, expondo  
que:

Sabemos que existe o Decreto-lei n. 1.075/70, que, em seu art. 3º, admite a imissão de posse provisória mediante depósito de 50% dessa avaliação provisória. Também o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, entendeu que o Decreto-lei 1.075/70 não padece de nenhuma inconstitucionalidade. Ora, se esse decreto, em confronto com a Constituição anterior, não foi declarado inconstitucional pelo Supremo, que dá a última palavra em matéria constitucional, e se o dispositivo da atual Constituição não difere, na essência, do dispositivo da Constituição anterior, então, como nós, em sede de recurso especial - é bom que se diga isso - vamos declarar inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto-lei n. 1.075/70? Não concordo com esse posicionamento, porque o Decreto-lei n. 1.075/70 se não era inconstitucional em relação à Constituição anterior, como já decidiu reiteradamente o Supremo Tribunal Federal - que, repito, dá a última palavra em matéria constitucional - e se não há diferença entre o dispositivo da Constituição anterior e a atual, tudo indica que o Supremo vai declarar, também da mesma forma, que, frente à atual Constituição, esse Decreto-lei n. 1.075/70 também não é inconstitucional. Entendo que não é caso de derrogação, porque, se esse decreto não feriu a Constituição anterior, também não fere a Constituição atual, *data venia*.

Os demais Tribunais, então, adotaram entendimento no sentido de que: "Declarado o imóvel de utilidade pública, o expropriante poderá ser imitado em sua posse mediante o depósito do valor devidamente apurado em avaliação provisória do bem, em respeito ao preceito constitucional que garante a indenização plena e justa, conforme art. 5º, XXII e XXIV, que consiste em quantia equivalente ao preço que a coisa alcançaria caso tivesse sido objeto de contrato normal de alienação"<sup>1142</sup>. "Na aplicação do art. 15 do Decreto-lei n. 3.365/41 e art. 3º do Decreto-lei n. 1.075/70, conciliando-se os princípios da indenização prévia e do interesse público, alegada a urgência, para o imediato apossamento do bem expropriado, exige-se o depósito prévio com valor atualizado em avaliação judicial provisória, de modo a respeitar o princípio constitucional que condiciona a concretização do ato expropriatório ao prévio depósito (em dinheiro) do valor da justa indenização"<sup>1143</sup>. "Para imitar-se na posse de imóvel desapropriado por utilidade ou necessidade pública, impõe a Constituição Federal que o Poder Público pague, previamente, justa indenização em dinheiro"<sup>1144</sup>. "A imissão na posse do imóvel somente se torna exigível pelo expropriante quando efetuado o depósito prévio do valor integral da justa indenização, que deve ser apurada mediante arbitramento judicial antecedente, não servindo para indicar tal montante, a avaliação unilateral feita na via administrativa. Incidência do art. 5º, XXIV, da CF, que autoriza a desapropriação de bens mediante o pagamento de indenização justa e prévia em dinheiro"<sup>1145</sup>.

---

<sup>1142</sup> TJGO, 2ª Câmara Cível, AI 41213-1/180, rel. des. Marília Jungmann Santana, DJ 12-4-2005, s/p.

<sup>1143</sup> TJRS, 3ª Câmara Cível, AI n. 70006224778, rel. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 26-3-2003, DJ 30-4-2003, s/p.

<sup>1144</sup> TJGO, 3ª Câmara Cível, Duplo grau de jurisdição 7571-9/195, v.. u., rel. des. Felipe Batista Cordeiro, DJ de 29-4-2002, s/p.

<sup>1145</sup> TJRS, 3ª Câmara Cível, AI 70014371538, rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 27-4-2006, DJ 29-5-2006, s/p..

Já se decidiu que, quando os valores cadastrais tributários estão desatualizados, decorrem duas soluções: a primeira, a regra geral prevista no *caput* do art. 15 do Dec.-lei n. 3.365, de 1941, determinadora de que, nesses casos, deve ser feito arbitramento "de conformidade com o art. 685 do CPC de 1939"; e, a outra, constante no § 1º, **d**, do mesmo art. 15, que permite ao Juiz a fixação do valor sem qualquer avaliação, que deve ser reservada para os casos em que ele seja inteiramente conhecedor da "valorização ou desvalorização posterior do imóvel"<sup>1146</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, passou a decidir que "A imissão na posse, quando há desapropriação, é sempre provisória. Assim, o § 1º e suas alíneas do artigo 15 do Decreto-lei 3.365/41 é compatível com o princípio da justa e prévia indenização em dinheiro previsto no art. 5º, XXIV, da atual Constituição<sup>1147</sup>". "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que a garantia constitucional da justa indenização, nas desapropriações, diz respeito ao pagamento do valor definitivo do preço fixado - seja por acordo das partes, seja por decisão judicial -, em que ocorre a transferência do domínio. O depósito prévio permite ao desapropriante a simples imissão na posse do imóvel. A norma do art. 3º do Decreto-lei n. 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento da metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a carta precedente (RE 89.033 - RTJ 88/345 e RE 91.611 - RTJ 101/717) nem o é com a atual"<sup>1148</sup>.

---

<sup>1146</sup> O Acórdão apresenta a seguinte Ementa: "Desapropriação. Imissão de posse. Depósito prévio. Fixação. Inexistência de lançamento. Arbitramento consoante o art. 15, *caput*, do Dec.-lei Fed. n. 3.365, de 1941. Recurso provido para esse fim", TJSP, 7ª Câmara Civil, AI n. 54.860-2, v. u., rel. des. Tomaz Rodrigues, j. 3-3-1983, *in* RJTJESP, LEX, v. 83, p. 190-191.

<sup>1147</sup> STF, Tribunal Pleno, RE 176108/SP, rel. p/o Ac. Min. Moreira Alves, DJ 26-2-1999, p. 16.

<sup>1148</sup> STF, Primeira Turma, RE 141795/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29-9-1995, p. 31907.

Na Sessão Plenária de 24-9-2003, o Supremo Tribunal Federal sumulou a matéria, nos seguintes termos: "Súmula 652 - Não contraria a Constituição o art. 15, § 1º, do Decreto-lei 3365/41 (Lei da desapropriação por utilidade pública)"<sup>1149</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que: "A imissão provisória em imóvel expropriado, somente é possível mediante prévio depósito de valor apurado em avaliação judicial provisória. 2. Neste caso, tendo-se consumado a imissão provisória na posse sem o cumprimento do pressuposto da avaliação judicial prévia, corrige-se a falha, em nome do princípio constitucional da justa indenização, mediante a utilização de laudo elaborado por perito judicial do juízo, não importando que se dê em época posterior à imissão na posse, já realizada. 3. Se o egrégio Tribunal *a quo* converteu o julgamento em diligência, para que nova perícia fosse executada no juízo de origem, tendo em vista a constatação de omissões e inexatidões na primeira avaliação, o novo laudo deverá prevalecer para efeito de depósito judicial, no que se refere ao valor da terra nua. 4. Considerando o disposto no artigo 105 da Carta Magna, o Superior Tribunal de Justiça não é competente para se manifestar sobre suposta violação a dispositivo constitucional (art. 5º, XXIV), sequer a título de prequestionamento"<sup>1150</sup>. "O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a imissão provisória em imóvel expropriando somente é possível mediante prévio depósito do valor apurado em avaliação judicial provisória, não havendo de ser substituída por mera avaliação efetuada por entidade particular. Ausência de violação do art. 15 do Decreto-lei

---

<sup>1149</sup> STF, DJ de 13-10-2003, p. 3.

<sup>1150</sup> STJ, 1ª T., EDcl no REsp 330179/PR, v. u., rel. Min. Denise Arruda, DJ 15-3-2004, p. 153. Também no REsp 330179/PR, o STJ, 1ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decidiu que "A imissão provisória em imóvel expropriando, somente é possível mediante prévio depósito de valor apurado em avaliação judicial provisória. II- Neste caso, tendo-se consumado a imissão provisória na posse, sem o cumprimento do pressupostoda avaliação judicial prévia, corrige-se a falha, em nome do princípio constitucional da justa indenização, mediante laudo elaborado por perito judicial do juízo, não importando que se realize em época posterior à imissão na posse, já realizada", DJ 9-12-2003, p. 212.



n. 3.365/41"<sup>1151</sup>. E, em sentido contrário, que: "Assentou o Egrégio Supremo Tribunal Federal que os incisos do parágrafo 1º do art. 15 da Lei n. 3.365/41 são compatíveis com a Carta da República, de sorte que a justa indenização nela prevista é a que se concretiza ao termo do processo expropriatório e não antes. Em conseqüência, o valor cadastral fiscal, desde que atualizado, serve como parâmetro para o depósito prévio autorizativo da imissão provisória na posse do imóvel, no caso de urgência na sua ocupação"<sup>1152</sup>. "Diante de reclamada urgência, para imissão provisória, o valor depositado não é definitivo, sendo apenas conseqüente a perda da posse, o justo preço indenizatório só será estabelecido a final e, depois de pago, integralizada a indenização (direitode propr.)"<sup>1153</sup>.

Melhor seria que a Lei expropriatória exigisse para a concessão da imissão antecipada na posse do bem, além da demonstração da urgência, que se procedesse a uma perícia prévia para se apurar o efetivo prejuízo do expropriado pela perda da fruição do bem. Isso, porque os critérios previstos nas alíneas "a" a "d" do § 1º do art. 15 do Decreto-lei n. 3.365/1941 e arts. 3º e 4º do Decreto-lei 1.075/1970, nem sempre asseguram o ressarcimento do prejuízo efetivo suportado pelo expropriando. Essa perícia prévia se realizaria sempre que houvesse pedido de imissão na posse do bem expropriando, qualquer que fosse a sua natureza, sendo ou não necessária a citação do expropriado.

Esse valor arbitrado pelo juiz a título de depósito prévio, com o intuito de compensar a imissão provisória no bem expropriando, deveria equivaler ao valor econômico correspondente à perda da fruição do bem, ou

---

<sup>1151</sup> STJ, 2ª T., REsp 181407/SP, v. u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 25-4-2005, p. 256.

<sup>1152</sup> STJ, 2ª T., REsp 74131/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 20-3-2000, p. 60.

<sup>1153</sup> STJ, 1ª T., AGRG no AI 388910/RS, v. u., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 11-3-2002, p. 210.

seja, deveria corresponder ao valor da posse do bem que está sendo retirada do proprietário de forma antecipada, ou seja, antes do pagamento da indenização que a Constituição Federal diz ter que ser, além de justa, prévia. Na prática, corresponderia a um valor muito próximo ao valor real do bem expropriando, mas, como seria sempre inferior ao valor total da propriedade, a Lei expropriatória deveria permitir o levantamento da totalidade da quantia depositada, ainda quando houvesse contestação.

A perícia prévia atenderia, ainda, a uma finalidade acautelatória, ao permitir avaliar o real estado do bem antes do ingresso ou apossamento por parte do expropriante, o que facilitaria na fixação da justa indenização e, inclusive, na apuração de eventuais prejuízos decorrentes da própria imissão.

Por outro lado, o *quantum* depositado, mesmo não sendo definitivo, tem relevância para o expropriado. É que o § 2º do art. 33 do Dec.-lei n. 3.365/1941 permite que ele, expropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, levante até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto no art. 33 e no art. 15, observado o processo estabelecido no art. 34. Tratando-se de desapropriação de imóvel residencial urbano, o art. 5º do Decreto-lei n. 1.075, de 22 de janeiro de 1970, prevê que o expropriado, observadas as cautelas previstas no art. 34 do Dec.-lei 3.365, de 21 de junho de 1941, poderá levantar toda a importância depositada e complementada nos termos do art. 3º. O seu parágrafo único dispõe que, 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. Portanto, como lhe é permitido levantar a quantia depositada a título de depósito prévio, há um interesse

relevante em que seu valor corresponda, o máximo possível, ao valor efetivo do prejuízo advindo com o desapossamento do bem.

Kiyoshi Harada<sup>1154</sup> entende que o procedimento previsto no *caput* do art. 15 do Dec.-lei n. 3.365/41 só terá lugar na hipótese de desapropriação de imóvel não cadastrado na repartição competente, quando, então, será desconhecido seu valor venal. Conhecido seu valor, não há como se falar em arbitramento do valor provisório, e, sendo ele conhecível, já é o suficiente para afastar a avaliação prévia. Lembra que o posicionamento da Suprema Corte é no sentido 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). Reconhece, todavia, que indenização prévia significa pagamento do justo preço fixado por sentença mediante perícia regular ou acordado pelas partes, ensejadora da imissão de posse definitiva que acompanha a transferência do domínio (art. 29 do Decreto-lei n. 3.365/41); que esse é o sentido do princípio constitucional da previedade. Nos casos de valor venal manifestamente ridículo, é de se presumir que ele não tenha sido atualizado, devidamente, em relação ao exercício imediatamente anterior ao da desapropriação. Afirma que existem alguns imóveis situados na periferia que apresentam o valor venal absolutamente incompatível com a realidade imobiliária local, já que a política de favorecimento dos proprietários humildes, praticada ao longo dos anos, acabou por conduzir a uma situação irreal, atribuindo a inúmeros imóveis um valor venal absolutamente incompatível com a realidade imobiliária local. Em contrapartida, outros imóveis, por razões peculiares, podem estar com o valor venal superestimado. Defende que os valores cadastrais deveriam refletir objetivamente a situação de cada imóvel e

---

<sup>1154</sup> Op. cit., p. 104-107.

que, enquanto não houver adequação dos valores venais à realidade imobiliária, as discussões em torno da aplicação ou não das disposições da legislação específica continuarão ocupando grande parte do tempo destinado ao julgamento das causas. Aponta, também, que outro meio de evitar a situação atual seria a reformulação da Lei Básica de Desapropriação pelo Congresso Nacional, revendo o critério para a imissão prévia na posse.

Arruda Alvim<sup>1155</sup> aduz que o processo expropriatório é demorado e que, ao lado desta demora, seu pagamento efetivo também o é, o que não se compadece com os dizeres da Constituição. Ressalta que o legislador ordinário não pode ficar indiferente à seguinte realidade: a) o expropriado, na quase totalidade dos casos, perde desde logo a possibilidade de utilização econômica da propriedade, porque lhe é arrebatada a posse e isto, mediante pagamento de quantia irrisória; b) a justa e prévia indenização, somente o expropriado a receberá, efetivamente, depois de mais ou menos dois anos ou até mais. Sugere que o ideal de uma regulamentação jurídica, mais afeiçoada à Constituição, seria aquela que, no momento do desapossamento, já desse ao expropriado o justo pagamento do preço, o que se compadeceria mais com os termos da indenização justa e prévia. Mesmo reconhecendo a dificuldade de se pôr em prática esse ideal, afirma que incumbe conseguir-se uma disciplina que mais perto dele se aproxime, eliminando o quanto possível a situação em que permanece o expropriado antes de ser indenizado afinal.

Hely Lopes Meirelles<sup>1156</sup> pontifica que indenização prévia significa que o expropriante deverá pagar ou depositar o preço antes de entrar na posse do imóvel. Denuncia que este mandamento constitucional vem sendo frustrado pelo retardamento da Justiça no julgamento definitivo das

---

<sup>1155</sup> RDA, v. 102, p. 47-48, *apud* Moraes Salles, op. cit., p. 359-360.

<sup>1156</sup> Op. cit., p. 524.

desapropriações, que mantém 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 afetivo do bem, o que atenta contra o princípio da indenização prévia. Essa burla à Constituição só poderá ser minimizada pelo maior rigor dos juízes e tribunais na exigência de depósito prévio que mais se aproxime do valor real do bem expropriado.

Para Moraes Salles<sup>1157</sup>, o art. 15 da Lei de Desapropriações possibilita o desapossamento sem o pagamento de indenização justa, permite ao expropriante ladear o mandamento constitucional, o que constitui clara burla à Constituição. Sugere que uma futura emenda à Constituição poderia regularizar a aplicação do instituto, admitindo expressamente a imissão provisória, mediante depósito de quantia aproximada do valor real do imóvel expropriando, fixado este valor por perito do juiz, nos casos de urgência alegada pelo expropriante. É que, conforme explica, 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; daí concluir 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 muito poucas oportunidades. Por isso, entende que a retirada da posse, gerada pela imissão provisória, deveria ser coberta, no patrimônio do expropriando, com importância muito aproximada à do valor de mercado do bem (80 ou 90% desse valor), apurado em perícia realizada, previamente, por *expert* indicado pelo juiz. Por não terem sido revogados o § 1º do art. 15 (e suas alíneas) do Dec.-lei 3.365/1941 e os arts. 3º, 4º e 5º do Dec.-lei 1.075/1970 pela CF/1988, sugere que a injustiça das imissões provisórias levadas a efeito com apoio nessas normas

---

<sup>1157</sup> Op. cit., p. 363-372.

seja eliminada pela revogação desses preceitos legais, instituindo-se disposição que preveja, sempre, a realização de perícia prévia para o arbitramento de quantia que seja compatível com a perda da posse, pelo expropriando, equivalendo a 80 ou 90% do valor de mercado do bem. Isso se não se quiser modificar a própria CF, para adoção da providência sugerida. Conclui afirmando não visualizar outra solução que não a da revogação expressa das normas da legislação específica anteriormente mencionadas, editando-se outras que permitam a avaliação prévia para o referido fim, sem embargo da jurisprudência que se vem formando sobre a matéria.

O levantamento do depósito prévio, quer se trate de expropriação de imóvel residencial urbano ou não, atendidas as exigências previstas no art. 34 do Dec.-lei n. 3.365/1941, poderá ser feito de imediato pelo expropriado, nos limites legais previstos, independentemente de precatório, mediante simples alvará judicial.

Também para Antônio Flávio de Oliveira<sup>1158</sup>, o depósito feito pela entidade desapropriante, consoante a disposição contida no art. 33 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, em razão da possibilidade de seu levantamento pelo desapropriado, não está sujeito ao regime do precatório. Acrescenta que eventual diferença entre o valor fixado por sentença e o preço do imóvel, pretendido pelo expropriado, tem sido submetida à regra do precatório, por se entender que o prévio pagamento, em dinheiro, já teria sido efetuado.

Defende, entretanto, que, quando o valor depositado não se caracterizar como justo, vindo por isto a ser modificado em razão de decisão proferida em recurso, a diferença não poderá ser relegada ao rito de execução

---

<sup>1158</sup> Op. cit., p. 176.

previsto no art. 730 do CPC, pois assim perderia a característica de anterioridade, determinada pela própria Constituição<sup>1159</sup>.

Para Mário Roberto N. Velloso<sup>1160</sup>, em que pese o art. 19 do Dec.-lei n. 3.365/1941 prever que a causa seguirá o rito ordinário, a execução contra a Fazenda Pública obedece a cânones especiais, não se lhe aplicando a regra do *caput* do art. 730 do Código de processo Civil, o qual prevê o oferecimento de embargos à execução. Afirma que o expropriante será citado não para opor embargos, mas sobre a expedição do precatório.

A orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que: "Esta Corte firmou entendimento no sentido de ser necessária a expedição de precatório, a ser processado na forma estabelecida no artigo 100 e parágrafos, da CB/88, não havendo cabimento para notificação, ao Poder Público, no sentido de que realize a complementação do pagamento em prazo determinado pelo Juiz"<sup>1161</sup>; a "Execução contra Fazenda Pública. Cálculo complementar. Expedição de precatório. Orientação do STF"<sup>1162</sup>.

Portanto, quando for arbitrado um preço a título de indenização prévia, a fim de possibilitar a imissão provisória na posse do bem

---

<sup>1159</sup> O autor refere-se a julgamento proferido pelo STJ, 1ª Seção, rel. Min. Garcia Vieira, no EREsp 114558/SP, com a seguinte Ementa: "Suplementar. Fixação do prazo de 90 dias. Legalidade. Em se tratando de desapropriação, a indenização, além de justa, há que ser prévia. A rigor, os pagamentos de indenização em ações de desapropriação não estão sequer sujeitos a precatório porque a indenização deve ser paga ao expropriado antes da transferência do domínio e incorporação da propriedade à Fazenda Pública. Se o pagamento dos precatórios suplementares tem que ser prévio, a fixação do prazo de 90 dias para que isto se dê não viola nenhuma norma legal", DJ 27-8-2001, p. 219. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o mencionado EREsp 114558/SP, apreciou questão afeta à simples atualização de cálculo, entendendo que, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo grande volume de precatórios, foi instalado o Setor de Cálculos, de forma que, pago o precatório principal, se a pendência for apenas da correção monetária, em índices oficiais, o próprio Setor efetua a operação aritmética, seguindo-se a homologação pelo Presidente do Tribunal e a ordem de pagamento. Na hipótese apreciada não houve discussão sobre outros aspectos da indenização, senão sobre a correção monetária, decidindo que ela pode ser controlada pelo Presidente da Corte.

<sup>1160</sup> Op. cit., p. 147.

<sup>1161</sup> STF, 1ª T., AI-AgR 488.047/SP, v. u., rel. Min. Eros Grau, DJ 8-4-2005, p. 19.

<sup>1162</sup> STF, 2ª T., AGReg no AI 474.367-0/SP, rel. Min. Nelson Jobin, DJ 21-5-2004, p. 46.

por parte do expropriante, nos termos do art. 15 e §§ do Dec.-lei n. 3.365/1941, e, posteriormente, na sentença for fixado um valor superior ao preço depositado, essa diferença será paga por meio de precatório. Para tanto, faz-se necessário que se promova a execução nos termos do art. 730 do CPC. É que as execuções de sentença propostas contra a Fazenda Pública estão sujeitas ao rito previsto no art. 730 do CPC, não podendo o juiz, antes de observado esse procedimento, determinar o pagamento da condenação judicial mediante simples ofício ou intimação.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1163</sup> reforça que o *quantum* indenizatório normalmente se compõe de duas parcelas: uma, a que já foi objeto de depósito judicial, quando o expropriante foi imitado provisoriamente na posse do bem; e outra, a parcela complementar, que corresponde à diferença entre o valor que a sentença fixou, com os devidos acréscimos, e a parcela depositada. A primeira pode ser paga ao expropriado por alvará judicial, mas a segunda o expropriado só poderá receber depois de proposta a ação de execução, na forma do art. 730 do CPC, e observado o sistema de precatórios judiciais previsto no art. 100 da CF. Entende, ainda, que é também cabível, após a sentença, o levantamento pelo expropriado de até 80% do valor depositado, aplicando-se as mesmas regras adotadas para o levantamento no caso de imissão provisória na posse.

Por outro lado, quando se tratar de mera homologação de conta de liquidação suplementar, decorrente de atualização de cálculos, o precatório deve ser expedido, sem necessidade de provocação por parte do beneficiário.

---

<sup>1163</sup> Op. cit., p. 697.



Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: "O disposto no artigo 730 do CPC, que manda citar a Fazenda Pública para, querendo, opor embargos, somente é aplicável no início da execução para pagamento de quantia certa e não para liquidações posteriores, decorrentes de atualização de cálculos. No caso, aliás, a recorrente teve conhecimento da execução, tanto que antes recorreu da decisão homologatória dos cálculos"<sup>1164</sup>. "Se o pagamento dos precatórios suplementares tem que ser prévio, a fixação do prazo de 90 dias para que isto se dê não viola nenhuma norma legal"<sup>1165</sup>.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, na ADIn 1098/SP, decidiu que a ordem judicial de pagamento (§ 2º do art. 100 da CF), bem como os demais atos necessários a tal finalidade, concernem ao campo administrativo e não ao jurisdicional. A respaldá-la há sempre uma sentença exequenda. Constatado erro material ou inexatidão nos cálculos, compete ao Presidente do Tribunal determinar as correções, fazendo-as a partir dos parâmetros do título executivo judicial, ou seja, da sentença exequenda. Ocorrendo a extinção do índice inicialmente previsto, o Tribunal deve observar aquele que, sob o ângulo legal, vier a substituí-lo<sup>1166</sup>.

Como os precatórios traduzem ordem judicial, cujo cumprimento é obrigatório, o seu desatendimento pode acarretar intervenção federal no Estado ou deste no Município, de acordo com o disposto nos arts. 34, VI, e 35, IV, da Constituição Federal. O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorre em crime de responsabilidade<sup>1167</sup>.

---

<sup>1164</sup> STJ, 2ª T., REsp 10.373-0/SP, v. u., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 13-9-1993, p. 18552.

<sup>1165</sup> STJ, 1ª Seção., EREsp 114558/SP, m. v., rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27-8-2001, p. 219.

<sup>1166</sup> STF, Tribunal Pleno, ADIn 1098/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25-10-1996, p. 41026.

<sup>1167</sup> Cf. acrescenta Kildare Gonçalves Carvalho, op. cit., p. 939.

No Brasil, tratando-se de desapropriação por utilidade pública, a indenização tem de ser paga em dinheiro, ou seja, o expropriado deve recebê-la em espécie, para que, querendo, possa adquirir outro bem semelhante ao que lhe foi desapropriado. É a própria Constituição Federal que exige que, no caso de desapropriação por utilidade pública, a indenização seja paga em dinheiro (art. 5º, XXIV). Quando se tratar de desapropriação para fins de reforma agrária (art. 184, CF), a indenização é paga por meio de títulos da dívida agrária; e quando for para fins urbanísticos, prevista no art. 182, § 4º, III, da CF, o pagamento da indenização se dará por meio de títulos da dívida pública.

Observa Weliton Militão dos Santos<sup>1168</sup> que, relativamente às espécies de desapropriação, o Direito Constitucional consagrou a tipologia tripartida, resultando a existência de três moedas para pagamento da indenização, quais sejam, dinheiro, títulos da dívida pública e títulos da dívida agrária, tudo a depender da espécie de desapropriação, mas, se por utilidade pública - dinheiro, exclusivamente.

Afirma Hely Lopes Meirelles<sup>1169</sup> que indenização em dinheiro quer dizer que o expropriante há de pagar o expropriado em moeda corrente. Esta é a regra (CF, art. 5º, XXIV). Por exceção constitucional permite-se o pagamento em títulos especiais da dívida pública e da dívida agrária, respectivamente, para os imóveis urbanos que não atendam ao plano Diretor municipal e para os imóveis rurais (CF, arts. 182, § 4º, III, e 184). Por acordo pode-se estabelecer qualquer outro modo ou forma de pagamento.

---

<sup>1168</sup> Op. cit., p.

<sup>1169</sup> Op. cit., p. 524.

Para Marienhoff<sup>1170</sup>, justifica-se que a indenização seja paga em dinheiro, já que a expropriação gera para o expropriante a "obrigação" de indenizar, e, em princípio, é o dinheiro (moeda) que extingue as obrigações com força de pagamento.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não tem o expropriado o direito de converter a obrigação do expropriante de dar em uma obrigação de fazer. A prestação em espécie só pode ser pedida em caráter alternativo e, em consequência, a decisão judicial pode ser condenatória na obrigação alternativa de indenizar em dinheiro ou em espécie, nunca, porém, condenatória apenas na obrigação de fazer, visto que a escolha da prestação constitui uma faculdade do expropriante, não um direito do expropriado<sup>1171</sup>.

O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização<sup>1172</sup>. O depósito far-se-á no Banco do Brasil ou, onde este não tiver agência, em estabelecimento bancário a critério do juiz (art. 33 e parágrafo único do Dec.-lei n. 3.365/1941).

Em Portugal, apesar de as indenizações decorrentes da expropriação por utilidade pública serem pagas em dinheiro e de uma só vez, foi prevista a possibilidade de, em havendo acordo entre expropriante e expropriado, que esse pagamento se dê em prestações ou por meio da cessão de bens ou

---

<sup>1170</sup> Op. cit., p. 318.

<sup>1171</sup> RE 86763/SP, 2ª T., RE 86763/SP, rel. Min. Bilac Pinto, DJ 17-3-1978, p. 1417.

<sup>1172</sup> Todavia já se decidiu que: "Por força do quanto contido no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, 'A lei estabelecerá o procedimento da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição'. O legítimo proprietário, pois, por expresso mandamento legal e constitucional, tem direito à previdência da indenização em dinheiro, sendo óbvio que, como bem assinala Seabra Fragundes (in Da desapropriação no Direito Brasileiro. 2. ed. Freitas Bastos. 1949, p. 449), 'não se pode dizer, sem contrariar a natureza das coisas e o sentido das palavras, que esteja indenizado previamente o bem expropriado, enquanto o preço se ache ao dispor da justiça e não em mãos do proprietário", TJDF, AI 20010020019783AGI/DF, 3ª T. Cível, rel. Wellington Medeiros, DJU 15-8-2001, p. 55.

direitos, tanto nas expropriações amigáveis como durante a pendência do processo de expropriação (art. 65º c/c art. 67º, do Código das Expropriações).

A Lei de expropriação mexicana também estabeleceu que a indenização da expropriação deve ser paga em moeda nacional, sem prejuízo, contudo, que se estabeleça seu pagamento em espécie (art. 20).

Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>1173</sup> sugere possível modificação constitucional, de molde a possibilitar a oferta do pagamento justo (honesto) *in natura*, vale dizer, mediante a troca por outro bem, especialmente quando se cuidar de bem imóvel, quando tanto dispuser a entidade autora da desapropriação, desde que aceita pelo proprietário, cuja aquiescência seria posta como obrigatória.

Concordamos com a autora no sentido de que, por emenda à Constituição da República, poderia ser permitido que, em havendo consentimento entre o expropriante e o expropriado, o pagamento em dinheiro da indenização expropriatória pudesse ser substituído pela cessão de bens (em sentido *lato*) desde que eles possuíssem valores equivalentes. Essa substituição poderia ocorrer tanto na desapropriação amigável, quanto durante o curso da ação expropriatória.

Para Pontes de Miranda<sup>1174</sup>, no direito brasileiro, o dever de indenização toca ao Estado; o direito ao recebimento da indenização àquele que teve suprimido o direito desapropriando.

---

<sup>1173</sup> Op. cit., p. 51.

<sup>1174</sup> Op. cit., p. 459.

Há decisões entendendo que a indenização expropriatória deve ser paga pelo autor da ação respectiva<sup>1175</sup>. Mas, também, há no sentido de que o responsável pelo pagamento da indenização é o proprietário da área objeto de desapropriação para construção de rodovia federal<sup>1176</sup>, e entendendo que o decreto expropriatório do Governador do Estado legitima a responsabilidade estatal pela desapropriação<sup>1177</sup>, e, ainda, que a desapropriação para a implantação de distrito industrial, executada por sociedade de economia mista criada exclusivamente para esse efeito sem que lhe tenham sido afetados recursos para a indenização correspondente, corre a conta do município que delegou essa atribuição<sup>1178</sup>.

A lei de expropriação mexicana estabelece que a indenização será suportada pelo Estado, quando o bem expropriado passar a integrar seu patrimônio, e quando passar para o patrimônio de pessoa distinta, ela é quem deverá arcar com a importância indenizatória (art. 19).

Poderia a lei brasileira, visando facilitar a execução da sentença desapropriatória, estabelecer entre a entidade política que expediu o decreto expropriatório e autora da ação uma responsabilidade de natureza solidária pelo pagamento da indenização fixada.

Por ter a Constituição Federal estabelecido no inc. XXIV do art. 5º que a desapropriação está subordinada à "prévia e justa indenização", é de se concluir, que ela não pode consumir-se antes do pagamento da indenização, ou seja, a transferência da propriedade do bem expropriado ao Poder Público não poderá efetivar-se antes que a indenização fixada tenha sido paga ou, pelo

---

<sup>1175</sup> TJDF, 4ª T. Cível, AI 628196/DF, rel. Mário Machado, DJU 16-10-1996, p. 18459.

<sup>1176</sup> STJ, 2ª T., REsp 386.916/MG, v. u., rel. Min. Fanciuilli Netto, DJ 15-9-2003, p. 290.

<sup>1177</sup> STJ, 2ª T., REsp 620769/SE, v. u., rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15-8-2005, p. 253.

<sup>1178</sup> STJ, 2ª T., REsp 36685/PR, m. v., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 25-11-1996, p. 46172.

menos, colocada à disposição do juízo expropriatório. Por isso, em regra, o Poder Público só adquirirá o bem, e o particular só o perderá, com o pagamento da indenização.

Efetuada esse pagamento expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão da posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no Registro de Imóveis, em se tratando de bem imóvel.

Assim, como exposto, os elementos da desapropriação previstos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XXIV, consistem na ocorrência de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social, e no pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro, salvo as exceções contidas na própria Constituição.

## **Capítulo 3- Da desapropriação por necessidade ou utilidade pública**

### **3.1- Noções Gerais**

Afirma Eurico Sodré<sup>1179</sup> que o conceito de utilidade pública não é rígido, nem limitado; ao contrário, é flexível e largo, comportando certo arbítrio, porque é opinativo, como os programas de administração. Quando se diz que a utilidade deve ser pública para legitimar a desapropriação, entende-se que ela tem caráter impessoal e coletivo; deve atender a um interesse geral e não ao interesse de um indivíduo ou grupo de indivíduos. Exemplifica mostrando que a construção de um teatro poderá, em caso especial, autorizar uma desapropriação, quando visar atender ao aprimoramento cultural de uma população; não a autorizará, entretanto, se sua finalidade for a simples exploração mercantil de espetáculos públicos.

O conceito de utilidade pública não é unívoco. Pode variar segundo o lugar, época e ordenamento jurídico que o considere. Daí se afirmar ser ele contingente, circunstancial. Corresponde à causa que justifica a

---

<sup>1179</sup> Op. cit., p 30-31.

expropriação. A exigência de sua ocorrência para legitimar a expropriação representa uma garantia constitucional da inviolabilidade da propriedade<sup>1180</sup>.

Algumas legislações se abstêm de enumerar os casos de expropriação, exigindo, apenas, como condição para o seu exercício, que ela vise ao interesse público<sup>1181</sup>. Outras legislações adotam o sistema de discriminação taxativa dos casos em que será possível o expropriação.

O Dec.-lei n. 3.365/1941, em seu art. 5º, discriminou os casos em que pode ter lugar a desapropriação, e, que, na sua última alínea, considerou como sendo também de utilidade pública os demais casos previstos em leis especiais.

Na opinião de Eurico Sodré<sup>1182</sup>, isso que dizer que, em se tratando de hipótese não contemplada no rol constante naquele decreto, sua utilidade pública haverá de ser declarada especialmente por lei e não por simples decreto do Executivo. Isso porque, apesar de considerar a enumeração do Decreto-lei n. 3.365/1941 exemplificativa e não taxativa, e reconhecer que, na prática, pode ocorrer hipótese que não foi ali prevista, deve haver uma lei especial que a autorize.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1183</sup>, as hipóteses legais de desapropriação são taxativas, já que o Decreto-lei 3.365, em seu art. 5º, letra

---

<sup>1180</sup> Marienhoff, op. cit., p. 178-181. Complementa Barcellos Magalhães que esses conceitos são variáveis em função do tempo e do espaço, bastando considerar, por exemplo, que dada obra pública, apontada por seu monumentalismo ou alto conforto em uma cidade do interior, pode ter no Rio de Janeiro a significação do imprescindível ou de elementar necessidade para a sua vida urbana. Op. cit., p. 24-25.

<sup>1181</sup> Cf. Seabra Fagundes. Os que defendem essa opção legislativa apresentam dois argumentos: primeiro, porque o interesse público apresenta caráter relativo e não absoluto, podendo o que era útil ontem, e em um determinado lugar, não o ser mais hoje, ou em lugar diferente; e segundo, por lhe parecerem inumeráveis e variadíssimas as necessidades e utilidades, para cuja satisfação poderá ser preciso o sacrifício da propriedade individual. Op. cit., p. 109.

<sup>1182</sup> Op. cit., p. 32 e 69.

<sup>1183</sup> Op. cit., p. 807. Para Arruda Alvim, o art. 5º do Dec.-lei n. 3.365/1941, exhaustivamente, enuncia os casos passíveis de ser considerados de utilidade pública, incluindo os demais casos previstos em leis especiais (a saber:



"p", ao indicar "os demais casos previstos por leis especiais", deixou claro que só se pode desapropriar se se fundar nas hipóteses previstas em lei, isto é, nas consideradas expressamente no Decreto-lei 3.365 ou nas demais leis que regem a matéria.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>1184</sup> argumenta que falta de previsão não quer dizer que desapropriações não possam surgir de leis especiais. Basta a leitura da letra **p** do art. 5º do Decreto-lei n. 3.365, para saber que o dispositivo amplia o exercício de expropriar, bastando que determinado caso não previsto entre os casos provoque lei de caráter autorizativo. Embora seja determinante o princípio da legalidade, dá à Administração possibilidade de pedir novas leis. Isso é bom para o instituto porque não se vê aplicado fora dos permissivos legais, e para a Administração que pode expropriar na legitimidade.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1185</sup> entende que as expressões utilidade pública e interesse social espelham conceitos jurídicos indeterminados, porque despojados da precisão que permite identificá-los *a priori*. Em virtude desse fato, as hipóteses de utilidade pública e as de interesse social serão *ex vi legis*, vale dizer, serão aquelas que as leis respectivas considerarem como ostentando um ou outro dos pressupostos constitucionais.

Hely Lopes Meirelles<sup>1186</sup> afirma que 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

---

Dec.-lei 7.426, de 31-3-1945, e art. 58 do Dec.-lei 32, de 18-11-1966). *In* Do cabimento de mandado de segurança preventivo para atacar ilegalidade evidente, em matéria de desapropriação, Revista de Processo, v. 32, p. 179.

<sup>1184</sup> *Desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63.

<sup>1185</sup> *Op. cit.*, p. 668.

<sup>1186</sup> *Op. cit.*, p. 515.

interesse social. Todos, porém, definidos pelas leis federais que os enumeram e sem possibilidade de ampliação por norma estadual ou municipal.

Moraes Salles<sup>1187</sup> concorda que a enumeração legal referida é meramente exemplificativa, mas conclui que, ocorrendo caso de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, ainda que não previsto em lei, é possível a desapropriação do bem pretendido pelo poder Público para atendimento daquela finalidade, porque a previsão constitucional dos pressupostos da expropriação é suficiente. Lembra, ainda, que a Constituição Federal não determinou que os casos de desapropriação fossem fixados em lei, por isso, existindo uma causa de utilidade ou necessidade pública ou interesse social, caberá a expropriação sempre que tal causa ocorra, ainda que não prevista em lei, porque é bastante a previsão constitucional.

Assim, em consonância com a doutrina majoritária, entendemos que os casos que ensejam a desapropriação por necessidade e utilidade pública são aqueles expressamente previstos nas alíneas "a" a "o" do art. 5º do Dec.-lei n. 3.365/1941. Também qualquer outra hipótese de utilidade pública, ainda que não constante do rol da Lei expropriatória, desde que prevista em lei federal (autorização contida na alínea "p"), já que é da União a competência privativa para legislar sobre desapropriação (art. 22, II, CF).

No direito italiano, o Decreto n. 327, de 8-6-2001, alterado pelo Dec.-lei n. 302/2002, adotou o princípio de legalidade da ação administrativa. Assim, a desapropriação dos bens imóveis ou de direitos relativos a imóveis a que se refere o art. 1º, somente pode ser disposta nos casos previstos pelas leis e pelos regulamentos (art. 2º, par. 1º).

---

<sup>1187</sup> Op. cit., p. 96-97.

Helita Barreira Custódio<sup>1188</sup> salienta que, em matéria de definição de casos de desapropriação por utilidade pública, as disposições do art. 5º do Dec-lei 3.365/1941 são perfeitamente aplicáveis nos dias de hoje, evidenciando-se o rigor científico com que o legislador elaborou as hipóteses ali previstas, ajustáveis, expressa ou implicitamente, tanto às condições da época de sua elaboração como às crescentes exigências da realidade social dos dias atuais.

Segundo o art. 5º do Decreto-lei n. 3.345/1941, consideram-se casos de utilidade pública: a seguridade nacional; a defesa do Estado; o socorro público em caso de calamidade; a salubridade pública; a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais; a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; a exploração e a conservação dos serviços públicos; a abertura, conservação e melhoramento de vias e logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos, edificados ou não, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; o funcionamento dos meios de transporte coletivo; a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a mantê-los e a realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; a reedição ou

---

<sup>1188</sup> Op. cit., p. 155.

divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; os demais casos previstos por leis especiais<sup>1189</sup>.

Esclarece Cretella Júnior<sup>1190</sup> que, em 1941, as expressões segurança nacional e defesa do Estado eram designativas de situações diversas; a primeira referente ao Estado brasileiro na órbita externa; a segunda, concernente à ordem interna. Mesmo assim, reconhece que a distinção não se justificava, nem se justifica, já que, em sentido amplo, a expressão segurança nacional designa tanto a defesa da soberania como a manutenção da ordem pública interna e a defesa do Estado, abrangendo tanto a órbita externa como a órbita interna.

Para o Min. Evandro Lins<sup>1191</sup>, segurança nacional é gênero, que envolve duas espécies: a segurança externa e a segurança interna. A segurança externa compreende problemas de guerra externa, de defesa do território nacional. A segurança interna compreende a defesa das instituições políticas do país, de modo geral, isto é, os sistemas de governo, os poderes da

---

<sup>1189</sup> Nos termos da lei de expropriação mexicana (art. 1º), são consideradas causas de utilidade pública: a instituição, a exploração e a conservação de um serviço público; a abertura, ampliação ou alinhamento de ruas, a construção de calçadas, pontes, caminhos e túneis para facilitar o trânsito urbano e suburbano; o embelezamento, ampliação e saneamento dos povoados e portos, a construção de hospitais, escolas, parques, jardins, campos desportivos ou de pouso, construções de repartições para o Governo Federal e de qualquer obra destinada a prestar serviços de benefício coletivo; a conservação dos lugares de beleza panorâmica, das antiguidades e objetos de arte, dos edifícios e monumentos arqueológicos ou históricos, e das coisas que se consideram como características notáveis da cultura nacional; a satisfação de necessidades coletivas em caso de guerra ou transtornos internos; o abastecimento das cidades ou centros de povoados de alimentos ou de outros artigos de consumo necessário, e dos procedimentos empregados para combater ou impedir a propagação de epidemias, incêndios, pragas, inundações e outras calamidades públicas; os meios empregados para a defesa nacional e para a manutenção da paz pública; a defesa, conservação, desenvolvimento ou aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de exploração; a equitativa distribuição da riqueza centralizada ou monopolizada em benefício exclusivo de uma ou mais pessoas, em prejuízo da coletividade em geral, ou de uma classe em particular; a criação, fomento ou conservação de uma empresa em benefício da coletividade; as medidas necessárias para evitar a destruição dos elementos naturais e dos danos que a propriedade pode sofrer em prejuízo da coletividade; a criação ou melhoramento dos centros populacionais e das suas próprias fontes de vida; os demais casos previstos por leis especiais.

<sup>1190</sup> Op. cit., p. 95-96.

<sup>1191</sup> RDA 94/178 *apud* Cretella Júnior, op. cit., p. 97.

República, a federação e tudo mais que forma a estrutura do regime sob o qual vivemos.

A expressão defesa do Estado (Dec.-lei n. 3.365/1941, art. 5º, "b"), segundo Cretella Júnior<sup>1192</sup>, deve ser entendida no sentido de defesa do país contra o inimigo interno; é a defesa interna do Estado. Em caso de revolução ou guerra civil, edifícios ou terrenos podem ser desapropriados, sempre que sua utilização se relacione com a defesa do Estado.

Seabra Fagundes<sup>1193</sup> opina que, como medidas de defesa do Estado se compreendem as que dizem respeito à segurança nacional, mas que o desdobramento que faz a lei, aludindo na letra "a" à segurança nacional, e na letra "b" reportando-se à defesa do Estado, denota que o legislador teve em vista espécies diferentes. Com o intuito de dar a cada uma dessas alíneas o seu sentido autônomo, classifica como medidas relacionadas com a segurança nacional as que interessam à proteção do Estado na órbita externa, e como medidas referentes à defesa do Estado, as que se relacionem com a defesa interna das instituições políticas.

Moraes Salles<sup>1194</sup> entende por defesa nacional os meios, os instrumentos de que o Estado lança mão ou dispõe para resguardar a segurança nacional, nas ocasiões em que esta última for ameaçada ou agredida. Destarte, o conceito de defesa do Estado ou de defesa nacional, embora relacionado diretamente com o de segurança nacional, com ele não se confunde, uma vez que os meios ou instrumentos postos à disposição do Estado para a garantia da segurança nacional constituem a defesa nacional.

---

<sup>1192</sup> Op. cit., p. 99.

<sup>1193</sup> Op. cit., p. 112.

<sup>1194</sup> Op. cit., p. 175-176.

A Lei n. 8.183, de 11-4-1991, dispôs sobre a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional, competindo-lhe, entre outras funções, a de propor os critérios e condições de utilização das áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa da fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do estado democrático (art. 1º, parágrafo único, "a" a "d").

O socorro público em caso de calamidade dá ensejo à desapropriação por utilidade pública. Socorro público é o auxílio que o poder público dispensa às populações afligidas por eventos inesperados. Calamidade é a tragédia que atinge muitas pessoas<sup>1195</sup>, capaz de provocar danos coletivos.

O Dec.-federal 5.376, de 17-2-2005, que dispôs sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC - e do Conselho Nacional da Defesa Civil, conceitua estado de calamidade pública como "o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes" (art. 3º, inc. IV).

Para Eurico Sodré<sup>1196</sup>, a calamidade tanto pode advir da vontade humana, nos casos de guerra e de amotinamento, como das forças da natureza abruptamente desencadeadas, tais como a peste, a inundação, o incêndio, o terremoto, os vendavais, os ciclones, quando atingem muita gente e assumem caráter de infortúnio generalizado ou coletivo.

---

<sup>1195</sup> Cf. Cretella Júnior, que acrescenta que a calamidade pública é a causa. O socorro público é a consequência, é o auxílio do poder público para remover, tanto quanto possível, os efeitos dessa causa. Op. cit., p. 100.

<sup>1196</sup> Op. cit., p. 72.

Seabra Fagundes<sup>1197</sup> já ressaltava a flagrante preponderância do interesse de vários sobre o interesse de um só, de molde a justificar a desapropriação da propriedade individual para, nos casos de calamidade pública, socorrer, de forma eficiente, as populações vitimadas.

Moraes Salles<sup>1198</sup> reforça que fatores anormais e adversos são os temporais, terremotos, maremotos, granizos, geadas, nevascas, furacões, inundações, incêndios, epidemias, secas e outras causas que, por sua proporção e intensidade, afetem, gravemente, as coletividades atingidas, privando-as, em parte ou totalmente, do mínimo indispensável às suas necessidades ou ameaçando-as no tocante à integridade física dos elementos que as compõem. Para socorrer as comunidades atingidas, combatendo ou minimizando os efeitos desses fatores de calamidade pública, é que a Lei de Desapropriações prevê a possibilidade de serem expropriados bens capazes de atender às necessidades das populações afetadas.

A salubridade pública, também, é hipótese de desapropriação por utilidade pública. Salubridade é o conjunto das providências do poder público para a erradicação de moléstias e para a sustação de epidemias cuja origem pode estar no solo, nas concentrações de águas estagnadas, na poluição do ar, etc<sup>1199</sup>.

Para Seabra Fagundes<sup>1200</sup>, a salubridade pública diz respeito às boas condições de higienização dos núcleos de população e às boas condições de saúde desta. O Estado, visando proteger a saúde dos seus habitantes, tem de assegurar condições indispensáveis de salubridade. Estas se obtêm,

---

<sup>1197</sup> Op. cit., p. 112.

<sup>1198</sup> Op. cit., p. 176-177.

<sup>1199</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 100.

<sup>1200</sup> Op. cit., p. 113.

principalmente, por meio de obras de saneamento e higienização, muitas vezes impondo o expropriação dos bens privados em largas proporções.

Cretella Júnior<sup>1201</sup> ressalta que medidas urgentes e inadiáveis nesse setor da salubridade pública justificam plenamente a desapropriação por utilidade pública, mediante obras que exigem a desapropriação de bens dos particulares, concretizadas em trabalhos de saneamento, drenagens, abertura de poços e canais, extinção de focos e erradicação de moléstias. Eliminando-se as causas, inclusive pela desapropriação das áreas insalubres ou das áreas contíguas, indispensáveis para a eliminação do mal, eleva-se o padrão higiênico das populações por meio da efetivação dos planos conjuntos no setor da salubridade pública.

Observa Moraes Salles<sup>1202</sup> que a gama de casos em que pode ocorrer a desapropriação de bens, móveis ou imóveis, com o objetivo de promover a salubridade pública, é vasta. Regiões pantanosas, cujas emanações putrefatas tornem irrespirável o ar das imediações, poderão ser desapropriadas pelo Poder Público, para a execução de obras de drenagem e de saneamento, que visem tornar salubre o local, permitindo a vida sadia das populações lindeiras. Áreas atingidas permanentemente por epidemias, cuja erradicação não se possa fazer sem o afastamento dos que nela viviam, poderão ser, também, desapropriadas, para a realização dos serviços de saneamento indispensáveis à eliminação dos focos infecciosos.

Para a criação e melhoramento de centros de população e abastecimento regular dos meios de subsistência, a lei permite que se desapropriem os bens que se façam necessários.

---

<sup>1201</sup> Op. cit., p. 100-101.

<sup>1202</sup> Op. cit., p. 178-179.



Centros de população são agrupamentos humanos com finalidades comuns, quer sob a forma jurídica de municípios, cidades, quer sob o aspecto de mera concentração urbana estável, como núcleos coloniais, concentrações de trabalhadores para execução de obras públicas e outros. Os meios de subsistência dos centros de população são, de modo geral, os meios de vida, os alimentos a serem absorvidos por essas populações, podendo tais alimentos ser sólidos e líquidos, como também os meios de se tratarem esses alimentos, como o carvão, o gás e a lenha. A esse propósito, o poder público pode, por exemplo, requisitar e desapropriar boiadas e colheitas, para que as populações dos núcleos novos criados tenham seus meios de subsistência garantidos<sup>1203</sup>.

Como bem observa Moraes Salles<sup>1204</sup>, o Poder Público necessita, muitas vezes, criar povoações, visando à colonização de regiões do país, que se encontram atrasadas exatamente por não contarem com o elemento humano indispensável a seu desenvolvimento. Poderá, pois, a Administração fazer uso da expropriação para a criação desses núcleos de colonização; ou para executar obras de melhoramento de cidades, vilas ou localidades ainda menores, que já tenham sido constituídas; ou, ainda, a fim de abastecer os centros de população com alimentos, medicamentos, gás e outros gêneros necessários à sobrevivência desses núcleos populacionais.

O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica é considerado caso de utilidade pública. Todavia, nos termos da Constituição de 1988, art. 20, são bens da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se

---

<sup>1203</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 101.

<sup>1204</sup> Op. cit., p. 179.

estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais (inc. III); o mar territorial (inc. VI); os potenciais de energia hidráulica (inc. VIII); os recursos minerais, inclusive os do subsolo (inc. IX).

Quanto as águas particulares, entende Moraes Salles<sup>1205</sup> que elas não mais existem, já que elas ou pertencem à União ou aos Estados. Destarte, não há mais que se falar em desapropriação de águas particulares. Se a União, por algum motivo de utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, precisar de águas estaduais, deverá fundamentar-se no princípio da predominância do interesse.

É restrito o âmbito reservado pelo nosso direito à propriedade privada das riquezas minerais, que é excepcional, e, ainda assim, submetida no seu exercício ao direto controle do Estado, por meio de regime de autorizações e fiscalização permanente. Esse regime de quase absorção da propriedade dessas riquezas pelo patrimônio estatal, reduz a importância da desapropriação a ela concernente. Nem por isto, no entanto, deixará de ter lugar, em certos casos, se o Poder Público sentir a conveniência de chamar a si a exploração de determinada indústria mineral, ainda sob domínio privado pelo regime de respeito aos direitos adquiridos dos proprietários ressalvados pela legislação mineira<sup>1206</sup>.

As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra (art. 176, CF/88). A pesquisa e

---

<sup>1205</sup> Citando José Afonso da Silva em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7. ed., p. 412. Op. cit., p. 183.

<sup>1206</sup> Cf. Seabra Fagundes, op. cit., p. 78-79.

a lavra desses recursos somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País (§ 1º). A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente (§ 3º).

A pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos constituem monopólio da União (art. 177, inc. I, CF). É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração (§ 1º, art. 20, CF).

Ao proprietário do solo foi assegurada sua participação nos resultados da lavra, na forma e no valor que a lei dispuser (§ 2º, art. 176, CF/88). E, quanto ao aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida, estabeleceu-se que ele não dependerá de autorização ou concessão (§ 4º).

A assistência pública, as obras de higiene e decoração, as casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais também constituem casos de utilidade pública.

Assistência pública são os serviços de socorros prestados pelo Estado aos indivíduos que não têm meios de prover às necessidades essenciais da sua vida<sup>1207</sup>.

A assistência pública é um dos deveres constitucionais comuns entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, conforme se depreende do art. 23, II, CF. No art. 203, utiliza-se a expressão assistência social com a mesma conotação de assistência pública, afirmando que "A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I- a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II- o amparo às crianças e adolescentes carentes; III- a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV- a habilitação e reabilitação das pessoas portadores de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V- garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

Para Cretella Júnior<sup>1208</sup>, sempre que o Estado entender que precisa dar assistência aos desprotegidos da sorte, pode desapropriar bens imóveis para construção de hospitais, centros de saúde, asilos e abrigos para menores, velhos e desempregados, ou aproveitamento de prédios já construídos, como também de bens móveis, tais como remédios, roupas e veículos.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: "Constitucional. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Desapropriação de imóvel rural pelo Estado do Rio Grande do Sul para

---

<sup>1207</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 183.

<sup>1208</sup> Op. cit., p. 107.

assentamento de comunidade indígena. Não caracterização de desapropriação para fins de reforma agrária (de competência da União, cuja indenização é paga com títulos da dívida pública - CF, art. 184), nem de procedimento de demarcação de terras indígenas (também de competência da União, CF, art. 231). Expropriação, mediante prévio e justo pagamento de indenização em dinheiro, que visa solucionar grave problema social, consistente na falta de local para assentar comunidade indígena que atualmente vive à beira de rodovia, em situação de miserabilidade. Atribuição de todos os entes federados, nos termos do art. 2º do Estatuto do índio (Lei 6.001/73). Enquadramento entre as hipóteses de utilidade pública, listadas no Decreto-lei 3.365/41, nomeadamente em seu art. 5º, letras *E* (criação e melhoramento de centros e população) e *G* (assistência pública)"<sup>1209</sup>.

Explica o referido autor que as obras de higiene são espécies do gênero salubridade pública, consistindo em providências do poder público tendentes a proteger a saúde da população contra doenças e epidemias. Decoração é benfeitoria mais voluptuária do que útil ou necessária. Tem objetivos estéticos, destinando-se ao embelezamento das cidades por meio de melhoramentos que não são necessários nem indispensáveis, mas que tornam a cidade mais bonita. Esclarece, mais, que:

O legislador de 1941 foi minucioso ao configurar as hipóteses de utilidade pública e, entre as espécies, incluiu a desapropriação de imóveis para a construção de prédios em que funcionem casas de saúde ou a desapropriação de edifícios particulares para serem aproveitados como futuras casas de tratamento médico-hospitalar. Edifícios em que funcionem clínicas para tratamento de saúde, clínicas gerais ou especializadas, também foram objeto do legislador de 1941. Tais estabelecimentos são úteis à saúde coletiva e, por isso, a lei arma o poder público de poderes para desapropriar com o objetivo de localizá-las e instalá-las.[...] Muitos lugares são benéficos para o tratamento da saúde, em razão da altitude, pureza do ar, proximidade de florestas ou praias ou pelo clima. As estações climáticas, no entanto, estão, na maioria das vezes, em

---

<sup>1209</sup> STJ, 1ª T, ROMS 13.621/RS, m. v., rel. p/ o ac. Min. Teori Albino Zavaschi, DJ

mãos de particulares, beneficiando, desse modo, restrito número de pessoas. Por isso, pode a Administração declará-las de utilidade pública e desapropriá-las, para que tenham a mais ampla utilização por parte da coletividade. O Brasil é muito rico em fontes medicinais, ou seja, nascentes das quais brota água útil à saúde. As estâncias termiais são ponto de convergência de milhares de pessoas. Muitas vezes, pelo preço extorsivo que seus proprietários cobram dos particulares, é impossível a utilização dessas riquezas pelos menos favorecidos da fortuna. Por isso, o Estado inclui as fontes medicinais no rol dos bens particulares que podem ser desapropriados por utilidade pública, para ampliar-lhes de modo total a utilização.

Seabra Fagundes<sup>1210</sup> observa que as obras de higiene não são mais que obras interessando à salubridade pública e já previstas na letra "d", sendo a lei redundante, o que se explica pelo cuidado do legislador em prever antes mais do que menos. As obras de decoração têm finalidade estética, destinam-se, sobretudo, ao embelezamento urbano e constituem, muitas vezes, a fase terminal dos planos de urbanização. As casas de saúde e as clínicas de qualquer espécie são estabelecimentos úteis à saúde coletiva e por isso a lei arma a Administração de poderes para expropriar com objetivo de localizá-las e instalá-las. As estações de clima e fontes medicinais podem ser desapropriadas no interesse de sua utilização mais fácil pela coletividade, podendo ser desapropriadas terras e instalações privadas.

Moraes Salles<sup>1211</sup>, quanto à necessidade de realizar obras decorativas, reconhece que o Poder Público, muitas vezes, objetivará embelezar vias públicas, praças e outros logradouros, necessitando, para tanto, efetuar desapropriações para atender a tal fim. Poderá, ainda, a Administração necessitar de terrenos ou edifícios em que possa construir ou instalar casas de saúde e clínicas indispensáveis ao desenvolvimento de suas atividades de assistência social, autorizando, pois, a lei que efetue as expropriações que se indicarem úteis, na espécie. Acrescenta que as estações climáticas são locais

---

<sup>1210</sup> Op. cit., p. 117-118.

<sup>1211</sup> Op. cit., p. 185.

cuja condição atmosférica é extremamente favorável à cura de moléstias ou à manutenção da boa saúde. Também as fontes medicinais, pelas propriedades minerais de suas águas, destinam-se à cura de várias enfermidades estomacais, intestinais e cutâneas, por exemplo. Como as instalações situadas nas estâncias climáticas e fontes medicinais nem sempre estão ao alcance das disponibilidades financeiras da maioria da população, que, portanto, não pode freqüentá-las, a lei possibilitou a desapropriação de bens para que o Poder Público possa instalar as dependências necessárias à utilização dessas estações e fontes pelo público menos favorecido economicamente.

A exploração ou a conservação do serviço público é caso de utilidade pública (art. 5º, h, Dec.-lei n. 3.365/1941).

Para Hely Lopes Meirelles<sup>1212</sup>, serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado; são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública. Já os serviços de utilidade pública são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.

---

<sup>1212</sup> Op. cit., p. 294-295.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1213</sup> registra que o conceito amplo de serviço público foi adotado por Mário Masagão ("toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins"), por José Cretella Júnior ("toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público) e por Hely Lopes Meirelles. E que restritos são os conceitos que confinam o serviço público entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional; e, além disso, o consideram como uma das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado. Parte-se da distinção entre atividade jurídica e atividade social. Citando ensinamentos de Caio Tácito, diz que, na primeira, atende-se à preservação do direito objetivo, à ordem pública, à paz e à segurança coletivas; corresponde ao poder de polícia. Na atividade social, ao contrário, a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviço aos particulares.

A referida autora conclui que a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo; houve uma ampliação na sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social. É o Estado por meio de lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria<sup>1214</sup>.

---

<sup>1213</sup> Op. cit., p. 110-111.

<sup>1214</sup> Op. cit., p. 113-114.



Define Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1215</sup> serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Diógenes Gasparini<sup>1216</sup> aduz que a locução "serviço público" é formada por dois vocábulos. Um é o substantivo "serviço", outro é o adjetivo "público". O primeiro indica prestação, realização ou atividade. O segundo, tanto pode expressar o autor da prestação, realização ou atividade (Estado), como seu beneficiário (usuário, administrado, povo, público). Desse modo, pode-se ter: serviço público = serviço que é prestado pelo Estado; II - serviço público = serviço fruído pelo administrado, pelo povo, pelo público.

Também afirma o citado autor que a dificuldade de se traçar a noção de serviço público se acentua na medida em que os serviços variam segundo as necessidades e contingências políticas, sociais e culturais de cada comunidade e época. Registra que os serviços religiosos já foram tidos como públicos, e os serviços de exploração de cassinos são, em certos países, como em Mônaco, serviços públicos. No Brasil, os serviços de loterias (loteria federal, esportiva, sena e quina) são públicos<sup>1217</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1218</sup>, a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: um deles, que é seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro, traço formal indispensável, que lhe

---

<sup>1215</sup> Op. cit., p. 114.

<sup>1216</sup> Op. cit., p. 281.

<sup>1217</sup> Op. cit., p. 281

<sup>1218</sup> Op. cit., p. 635-636.

dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa "unidade normativa".

Quanto ao primeiro elemento - seu substrato material -, observa o autor que serviço público é a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc), singularmente fruíveis pelos administrados que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico<sup>1219</sup>.

Relativamente ao segundo elemento, formal, - a submissão a um regime de Direito Público -, diz o autor que é o regime jurídico-administrativo que confere caráter jurídico à noção de serviço público. Indica que os princípios do serviço público - que se constituem no aspecto formal do seu conceito e compõem seu regime jurídico são: dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, seja direta ou indiretamente; princípio da supremacia do interesse público; princípio da adaptabilidade, ou seja, sua atualização e modernização; princípio da universalidade; princípio da impessoalidade; princípio da continuidade; princípio da transparência; princípio da motivação; princípio da modicidade das tarifas<sup>1220</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1221</sup> esclarece que a expressão serviço público admite dois sentidos fundamentais, um subjetivo e outro objetivo. No primeiro, levam-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade (ex.: um órgão de

---

<sup>1219</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>1220</sup> Op. cit., p. 638-639.

<sup>1221</sup> Op. cit., p. 265-266.

fiscalização tributária e uma autarquia previdenciária). No sentido objetivo, porém, o serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes.

Quanto aos fatores que o caracterizam, José dos Santos Carvalho Filho<sup>1222</sup> aponta a existência de três correntes distintas: a primeira baseia-se no critério orgânico, pelo qual o serviço público é o prestado por órgão público, ou seja, pelo próprio Estado. Há, ainda, o critério formal, que realça o aspecto pertinente ao regime jurídico, afirmando que será serviço público aquele disciplinado por regime de direito público. Por último, o critério material dá relevo à natureza da atividade exercida. Serviço público seria aquele que atendesse direta e essencialmente à comunidade. Conclui que todos esses critérios devem ser considerados na formação da moderna fisionomia que marca a noção de serviço público, e conceitua serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.

Diferencia o referido autor serviços administrativos, aqueles que o Estado executa para compor melhor sua organização (p. ex., o que implanta centro de pesquisa ou edita a imprensa oficial para a divulgação dos atos administrativos), dos serviços de utilidade pública, que se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta (p. ex., energia domiciliar, fornecimento de gás, atendimento em postos médicos, ensino, etc)<sup>1223</sup>.

---

<sup>1222</sup> Op. cit., p. 265-266.

<sup>1223</sup> Op. cit., p. 269.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1224</sup>, considerando o objeto dos serviços públicos, afirma que eles podem ser administrativos, comerciais ou industriais e sociais. Serviços administrativos são os que a Administração Pública executa para atender às suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público. Explica que a expressão é equívoca porque também pode ser usada em sentido mais amplo para abranger todas as funções administrativas, distinguindo-as da legislativa e jurisdicional e, ainda, para indicar os serviços que não são usufruídos diretamente pela comunidade. Serviço público comercial ou industrial é aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica. Esclarece que esses serviços não se confundem com a atividade econômica que só pode ser prestada pelo Estado em caráter suplementar da iniciativa privada. Serviço público social é o que atende as necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, objetivam atender aos direitos sociais do homem, mesmo assim, esses serviços convivem com a iniciativa privada.

Diógenes Gasparini<sup>1225</sup>, ao classificar os serviços públicos, considera como critérios os seguintes elementos: a entidade a quem foram atribuídos; a essencialidade; os usuários; a obrigatoriedade da utilização; e a execução. Quanto à entidade a quem foram atribuídos, diz que são aqueles regulados e controlados pela União, pelos Estados-Membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, respectivamente, podendo ser executados por essas entidades ou por quem lhes faça as vezes (concessionários, permissionários). Quanto à essencialidade, diz que essenciais são os assim considerados por lei ou os que pela própria natureza são tidos como de necessidade pública, e, em princípio, são de execução privativa da Administração Pública (p. ex., os

---

<sup>1224</sup> Op. cit., p. 122.

<sup>1225</sup> Op. cit., p. 285-287.

serviços de segurança nacional, de segurança pública e os judiciários). Não são essenciais os assim considerados por lei ou os que, pela própria natureza, são havidos de utilidade pública, cuja execução é facultada aos particulares (ex. serviços funerários). Os usuários podem ser gerais, quando atendem a toda a população administrada (p. ex., os serviços de segurança pública e os de segurança nacional); ou podem ser específicos, que são os que satisfazem usuários certos, que os fruem individualmente (exs. serviços de telefonia, postal e de distribuição domiciliar de água). Em razão da obrigatoriedade da utilização, podem ser compulsórios e facultativos: compulsórios são os impingidos aos administrados, nas condições estabelecidas em lei; quando remunerados, eles o são por taxa; sendo que o seu fornecimento não pode ser interrompido, ainda que não ocorra o oportuno pagamento (exs. serviços de coleta de lixo, de esgoto, de vacinação obrigatória, de internação de doentes portadores de caráter infecto-contagioso). Facultativos são os colocados à disposição dos usuários sem lhes impor a utilização; são remunerados por tarifa ou preço; podendo ser interrompido ante a falta do pagamento correspondente (ex. serviço de transporte coletivo). Tomando-se por base a forma de execução, os serviços públicos são de execução direta e de execução indireta. São de execução direta os oferecidos pela Administração Pública por seus órgãos e agentes; são de execução indireta os prestados por terceiros.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1226</sup> assevera que não se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. Uma e outra são realidades jurídicas distintas. Esclarece que o fato de o Estado ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém "senhoria" sobre eles, não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha titularidade exclusiva do serviço.

---

<sup>1226</sup> Op. cit., p. 641.

Há serviços delegáveis que, por sua própria natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores (p. ex., os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, etc). Por outro lado, há serviços indelegáveis, que são aqueles que só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos e agentes<sup>1227</sup>.

Cretella Júnior<sup>1228</sup> observa que os serviços públicos podem ser entregues a pessoas jurídicas de direito privado, a concessionárias de serviços públicos, a empresas particulares que os exploram em seu nome, recebendo dos usuários a retribuição correspondente à utilidade prestada.

A Constituição Federal diz que compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X); explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicação (inc. XI); os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; de energia elétrica; navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos fluviais e lacustres (art. 21, inc. XII, alíneas "a" a "f", CF/88); executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (inc. XXII); explorar os serviços e instalações nucleares (inc. XXIII).

Em relação aos Estados, estabelece a Constituição Federal que a ele cabe explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei (art. 25, § 2º). Em relação aos Municípios,

---

<sup>1227</sup> Cr. José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 268.

<sup>1228</sup> Op. cit., p. 109.

que compete a eles organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; manter, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental, e serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, V a VII).

Serviços privativos são aqueles atribuídos a apenas uma das esferas da federação. A emissão de moeda, serviço postal e polícia marítima e aérea são serviços privativos da União (art. 21, VII, X e XXII, CF); o serviço de distribuição de gás canalizado, privativo dos Estados (art. 25, § 2º, CF); a arrecadação de tributos municipais e o transporte coletivo intramunicipal, conferidos aos Municípios (art. 30, III e V, CF). Serviços comuns são os que podem ser prestados por pessoas de mais de uma esfera federativa. Entre eles estão os serviços de saúde pública; promoção de programas de construção de moradias; proteção do meio ambiente e preservação das florestas, fauna e flora (art. 23, incs. II IX, VI e VII)<sup>1229</sup>.

Acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1230</sup> que os serviços públicos privativos do Estado são os referidos no art. 21, XI e XII, CF, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império, os quais devem ser prestados pela União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. De outro lado, há os serviços públicos não privativos do Estado. Aos particulares, é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão.

Sintetiza o autor que, ante o tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos, podem eles ser assim distinguidos: a)

---

<sup>1229</sup> Cf. José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 271.

<sup>1230</sup> Op. cit., p. 648.

serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado: serviço postal e correio aéreo nacional - art. 21, X; b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros: serviços de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão), cf. art. 223; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade: de educação, de saúde, de previdência social, de assistência social e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; e d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas, não os prestando, é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois, que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros: todos os demais serviços públicos, notadamente os arrolados no art. 21, XI e XII, da Constituição, já que o Estado tanto pode prestar por si mesmo (mediante administração direta ou indireta), como transferindo seu desempenho a entidade privada (mediante concessão ou permissão)<sup>1231</sup>.

Ressalta, ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1232</sup> que a enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera públicos não é exaustiva, até porque muitos serviços públicos serão da alçada exclusiva dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, assim como outros serão comuns à União e a diversas pessoas. Por exemplo: "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência" (art. 23, II), ou "proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, V), "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 23, IX).

A lei expropriatória permite a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação, dos bens necessários à exploração ou à conservação dos serviços públicos, sejam estes executados diretamente pelo Poder Público

---

<sup>1231</sup> Op. cit., p. 649-650.

<sup>1232</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 186-187 e 190.



ou, indiretamente, por meio de concessionários. Permite a desapropriação dos bens que o antigo concessionário se negue a transferir ao cedente, necessários ou úteis à continuação dos serviços públicos, bem como à sua conservação<sup>1233</sup>.

Para Cretella Júnior<sup>1234</sup> não se trata da desapropriação dos direitos do concessionário, mas da intervenção do Estado na conservação do material e na manutenção da regularidade do serviço. Acrescenta que a expressão "conservação dos serviços públicos", empregada pelo legislador de 1941, pode ser entendida no sentido de conservação do material, conservação das próprias atividades, ou ainda conservação do funcionamento, continuidade e regularidade dos serviços públicos concedidos.

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 são casos de utilidade pública a ensejar a desapropriação. A redação atual da letra "i" do art. 5º do Dec.-lei n. 3.365/1941 foi dada pela Lei n. 9.785, de 29-1-1999.

A expressão logradouro público, em seu sentido genérico, compreende todo aquele terreno destinado ao uso do povo, abrangendo a praça, o parque, a rua, a avenida, a estrada, a calçada. *Stricto sensu*, o logradouro é

---

<sup>1233</sup> Cf. Moraes Salles, que, ainda, cita voto do Min. Themístocles Brandão Cavalcanti distinguindo a encampação da desapropriação, nos seguintes termos: "A primeira tem uma origem contratual, decorre da aplicação das próprias cláusulas do contrato de concessão e dos termos em que está concebido o decreto de encampação. A segunda decorre de ato que se sobrepõe ao contrato de concessão e pode atingir, como no caso, a totalidade dos bens dos acionistas, isto é, o próprio capital da empresa. No caso de encampação, o decreto pode abranger apenas os bens destinados à continuidade dos serviços encampados; na desapropriação é a totalidade da empresa que é atingida, porque os bens que excedem à necessidade de exploração do serviço concedido podem ser necessários para a própria continuidade desses serviços, porque representam bens rentáveis e que contribuem para a formação do capital da empresa expropriada". Para Moraes Salles, embora se possam atingir os mesmos objetivos pela encampação ou pela desapropriação, o fato é que os dois institutos não se confundem e devem ser utilizados separadamente na solução dos casos concretos. Op. cit., p. 186-189.

<sup>1234</sup> Op. cit., p. 110.

apenas a praça, o parque, onde as pessoas passeiam ou descansam<sup>1235</sup>. As vias públicas ou vias gerais de comunicação urbanas ou rurais são as ruas, avenidas, parques, estradas, praças, pontes e calçadas de que se utilizam todos ao se locomoverem de um ponto a outro a pé ou por meio de veículos<sup>1236</sup>.

Por abertura, conservação e melhoramento das vias ou logradouros públicos compreendem-se todas as medidas tendentes ao traçado de novas ruas, praças, cais, etc., à remodelação e aperfeiçoamento dos já existentes, execução ou alargamento de rodovias, à construção ou duplicação de estradas de ferro e à edificação dos edifícios necessários à respectiva administração, à drenagem e à desobstrução de vias fluviais, lacustres, etc<sup>1237</sup>.

Como bem diz Cretella Júnior<sup>1238</sup>, a abertura de vias ou logradouros públicos, não raro, exige a desapropriação de imóveis. Trata-se de ligar dois lugares por meio de via de comunicação ou de dotar uma cidade de nova praça ou jardim. A cidade, com a abertura, é enriquecida por um novo bem de uso comum do povo. Outras vezes, a via ou logradouro público já existe, mas é necessário conservá-los. Por isso, a lei autoriza a desapropriação dos imóveis existentes e impeditivos dessa utilização.

Para Moraes Salles<sup>1239</sup>, a lei de desapropriação usou a expressão "logradouros públicos" em seu sentido lato, abrangendo, portanto, além das praças, parques, largos, jardins e outros locais de esparecimento público, as próprias vias públicas, tais como ruas, estradas, rodovias, avenidas, pontes, calçadas e caminhos. Reconhece que o legislador foi redundante, mas

---

<sup>1235</sup> Cf. Themístocles Brandão Cavalcanti, *in Tratado de Direito Administrativo*, 4. ed., 1956, v. 3, p. 378. *Apud* Cretella Júnior, op. cit., p. 110-111.

<sup>1236</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 111.

<sup>1237</sup> Cf. Seabra Fagundes, op. cit., p. 119.

<sup>1238</sup> Op. cit., p. 113-114.

<sup>1239</sup> Op. cit., p. 193.

justifica tal conduta, afirmado que há ocasiões em que a redundância traz a vantagem de tornar claro o que pode estar duvidoso. Conclui no sentido de que será sempre possível a expropriação dos bens úteis ou necessários às obras de abertura, conservação ou melhoramentos de vias ou logradouros públicos.

Quanto à execução de planos de urbanização, observa Moraes Salles<sup>1240</sup> que, quer se trate de urbanização ou reurbanização, remembramento ou renovação urbana, ou seja, de melhoramento urbanístico, será sempre possível a desapropriação dos bens úteis ou necessários à execução dos planos correspondentes. O que se tem em vista com esse tipo de desapropriação é a melhoria da cidade e aumento de benefícios para a coletividade.

Os planos de urbanização envolvem um conjunto de providências técnicas, econômicas, sociais e administrativas que possibilitam o desenvolvimento estético, humano e racional das aglomerações das grandes cidades. Por meio da desapropriação por utilidade pública busca-se o melhoramento da cidade<sup>1241</sup>.

Estabeleceu-se, também, ser caso de utilidade pública o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética.

Nos termos do art. 2º da Lei n. 6.766, de 19-12-1979, "o parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento". Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de

---

<sup>1240</sup> Ressalta, entretanto, que, quando ocorrer a hipótese prevista no § 4º, inc. III, do art. 182 da CF, já não se tratará da desapropriação a que alude a alínea "i" do art. 5º do Dec.-lei 3.365/1941, ou seja, por utilidade pública, mas de desapropriação por interesse social. Op. cit., p. 194 e 197.

<sup>1241</sup> Nesse sentido, Cretella Júnior, op. cit., p. 114.

logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes (§ 1º). Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes (§ 2º).

Ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão, conforme disposto no § 3º do art. 5º do Dec.-lei n. 3.365/1941. É que, de acordo com o art. 519 do Código Civil, se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

Moraes Salles<sup>1242</sup> chama a atenção para os §§ 4º e 5º do art. 18 da Lei 6.766, de 19-12-1979, introduzidos pela Lei 9.785/1999 (art. 3º), que estabelecem: "O título de propriedade será dispensado quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação" (§ 4º). "No caso de que trata o § 4º, o pedido de registro do parcelamento, além dos documentos mencionados nos incisos V e VI deste artigo, será instruído com cópias autênticas da decisão que tenha concedido a imissão provisória na posse, do decreto de desapropriação, do comprovante de sua publicação na imprensa oficial e, quando formulado por

---

<sup>1242</sup> Op. cit., p. 198-199.

entidades delegadas, da lei de criação e de seus atos constitutivos". E, também, para os §§ 3º, 4º e 5º do art. 26 da Lei 6.766/1979, introduzidos pela Lei 9.785, de 20-1-1999 (art. 3º), com o seguinte teor:

§ 3º Admite-se, nos parcelamentos populares, a cessão da posse em que estiverem provisoriamente imitados a União, Estado, Distrito Federal, Municípios e suas entidades delegadas, o que poderá ocorrer por instrumento particular, ao qual se atribui, para todos os fins de direito, caráter de escritura pública, não se aplicando a disposição do inciso II do art. 134 (correspondente ao art. 108 do Código Civil de 2002).

§ 4º A cessão da posse referida no § 3º, cumpridas as obrigações do cessionário, constitui crédito contra o expropriante, de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais.

§ 5º Com o registro da sentença que, em processo de desapropriação, fixar o valor da indenização, a posse referida no § 3º converter-se-á em propriedade e a sua cessão, em compromisso de compra e venda ou venda e compra, conforme haja obrigações a cumprir ou estejam elas cumpridas, circunstância que, demonstradas ao Registro de Imóveis, serão averbadas na matrícula relativa ao lote.

A Lei n. 6.766, de 19-12-1979, em seu art. 53-A, acrescentado pela Lei n. 9.785, de 29-1-1999 (art. 3º), considera de interesse público os parcelamentos vinculados a planos ou programas habitacionais de iniciativa das Prefeituras Municipais e do Distrito Federal, ou entidades autorizadas por lei, em especial as regularizações de parcelamentos e assentamentos. O seu parágrafo único estabelece que às ações e intervenções de que trata este artigo não será exigível documentação que não seja a mínima necessária e indispensável ao registro no cartório competente, inclusive sob a forma de certidões, vedadas as exigências e as sanções pertinentes aos particulares, especialmente aquelas que visem garantir a realização de obras e serviços, ou que visem prevenir questões de domínio de glebas, que se presumirão asseguradas pelo Poder Público respectivo.

No caso do Dec.-lei n. 3.365/1941, considerou-se ser caso de utilidade pública a melhor utilização econômica, higiênica ou estética do solo,

edificado ou não. Estético, relativo à estética, ao sentimento do belo; que tem características de beleza; harmonioso<sup>1243</sup>. A higiene é o sistema de princípios ou regras que devem ser observados para que sejam evitadas as doenças e se conserve a saúde<sup>1244</sup>. A economia é a ciência que trata dos fenômenos relativos à produção, distribuição, acumulação e consumo dos bens materiais, podendo ser também entendida como a organização dos diversos elementos de um todo, ou o bom uso que se faz de qualquer coisa, ou o controle para evitar desperdício em qualquer serviço ou atividade<sup>1245</sup>.

Sobre o assunto, Cretella Júnior<sup>1246</sup> afirma que:

O primeiro caso, ocorre na solução do problema habitacional, nas regiões de grande densidade demográfica. Desapropria-se para construir, constrói-se para solucionar as crises de habitações nos grandes centros urbanos. A construção de habitações pelo Governo oferecidas a baixo preço, mediante financiamentos a longo prazo, é uma das utilizações sociais da propriedade. A utilização de um mesmo imóvel por um número maior de pessoas é o sentido da expressão melhor utilização. O segundo caso ocorre quando se trata de obras de irrigação, saneamento e drenagem. As obras são necessárias para que os imóveis tenham melhor utilização higiênica. O terceiro caso ocorre quando, depois de expropriada uma área, edificada ou não, e levado a termo o plano de urbanização com a construção de novas residências, é necessária a interdição dos edifícios precários e antiestéticos, os quais, pelo estilo anacrônico e desarmônico, não se conjugam com os modernos, erguidos conforme uma predeterminação sistemática anterior.

Seabra Fagundes<sup>1247</sup> observa que a melhor utilização econômica terá lugar quando se faça preciso, sobretudo nos grandes núcleos de população, solucionar o problema das habitações. O loteamento de grandes terrenos, permitindo a edificação de grupos de casas residenciais, exprimirá, então, o sentido social da propriedade. As razões de higiene justificarão o

---

<sup>1243</sup> Aurélio Buarque de Holanda, op. cit., p. 584.

<sup>1244</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 200.

<sup>1245</sup> Cf. Aurélio Buarque de Holanda, op. cit., p. 500.

<sup>1246</sup> Op. cit., p. 115.

<sup>1247</sup> Op. cit., p. 120.

expropriação quando, por exemplo, se façam necessárias obras de saneamento só exequíveis mediante a subparticipação do terreno. As razões estéticas existirão, por exemplo, no caso de demolição de construções em ruínas ou de feição contrastante com o das demais construções situadas no mesmo local, ou no caso de loteamento de terreno vago e incrustado em região já edificada e habitadas com o fim de nele edificar.

Para Moraes Salles<sup>1248</sup>, se determinadas áreas vêm sendo pouco ou mal utilizadas economicamente, ou se deixam a desejar higiênica ou esteticamente, pode a Administração desapropriá-las com o objetivo de, loteando-as, dar-lhes destinação mais adequada sob os aspectos econômico, higiênico ou estético. Exemplifica, ainda, que:

Formule-se a hipótese de um terreno de grande dimensão localizado em zona residencial de uma cidade, e que esteja, entretanto, totalmente em desuso pelo proprietário. Poderá a Administração, nesse caso, desapropriá-lo, a fim de loteá-lo e revendê-lo aos particulares interessados em ali edificar suas moradias, escritórios, lojas ou outros estabelecimentos comerciais, dando-lhes, pois, melhor utilização econômica. Por outro lado, figure-se a hipótese de enorme área pantanosa ou alagada, nociva, portanto, à saúde da população, por constituir foco de mosquitos ou pelas exalações nauseabundas que produza. Nada impedirá que o Poder Público a desaproprie, executando, em seguida, obras de drenagem e saneamento, para posteriormente loteá-la e revendê-la a particulares capazes de dar aos lotes melhor destinação higiênica. Imagine-se, finalmente, o caso de um quarteirão constituído por residências em ruínas ou em lastimável estado de conservação, dando, assim, aspecto desagradável a determinada zona da cidade. A Administração poderá, nessa hipótese, desapropriar a área edificada em deterioração, a fim de, demolindo os prédios em ruínas, lotear a área remanescente, revendendo-a a quem se comprometa a dar-lhe melhor aspecto estético.

A construção ou ampliação de distritos industriais, outra hipótese de utilidade pública, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação

---

<sup>1248</sup> Op. cit., p. 201.

dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas (§ 1º, art. 5º, Dec.-lei n. 3.365/1941).

Além disso, a efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação (§ 2º).

Fixou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de admitir-se a expropriação de imóvel rural pelo Município para criação de distrito industrial. Precedentes. ERE 86.046-SP; ERE 91.567. Subsiste, apenas, a ressalva de que não é lícito aos Estados e Municípios desapropriar imóveis rurais para fins de reforma agrária, como se decidiu no RE 81.603/MT, RTJ 81/502<sup>1249</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que, na desapropriação por utilidade pública de imóvel rural destinado à implantação de distrito industrial, não compromete sua legitimidade a circunstância de se deverem vender a particulares, que neles hajam de levantar estabelecimentos industriais, lotes extraídos da área expropriada<sup>1250</sup>.

---

<sup>1249</sup> STF, Tribunal Pleno, Embargos no RE 88742/MG, rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 5-2-1982, p. 442. Nesse sentido: "Desapropriação. Imóvel rural. Distrito industrial. Decreto-lei 3.365/41, art 5º, i. Tem competência o Município para desapropriar imóveis rurais, para a implantação de distrito industrial. Recurso extraordinário denegado", STF, 1ª T., RE 91.147-2/RS, rel. Min. Rafael Mayer, DJ 12-9-1980, s/p.; "Civil. Desapropriação. Imóvel rural. Criação de distrito industrial. Tem o Município competência para desapropriar imóvel rural para formação de distrito industrial. Divergência jurisprudencial superada. Recurso extraordinário não conhecido. (Súmula 286)", STF, 2ª T., RE 93279/RJ, rel. Min. Décio Miranda, DJ 4-9-1981, p. 8558. Em sentido contrário, Arruda Alvim, citando Pontes de Miranda, entende que só a União pode promover a desapropriação de propriedade territorial rural, por ser da sua competência exclusiva a desapropriação de imóveis rurais. *In* Do cabimento de mandado de segurança preventivo para atacar ilegalidade evidente, em matéria de desapropriação, op. cit., p. 185-186.

<sup>1250</sup> STF, 1ª T., RE 83.742-3, rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 8-6-1979, p. 4536.



O funcionamento dos meios de transporte coletivo enseja a desapropriação por utilidade pública. Os serviços de transporte coletivo são serviços de utilidade pública. Podem ser executados diretamente pela Administração ou, como é mais comum, por entidades particulares, delegadas do Poder Público<sup>1251</sup>. Rafael Bielsa<sup>1252</sup> denomina-os de serviços públicos impróprios, ou seja, serviços de feição essencialmente privada, em relação aos quais o Estado intervém apenas como órgão regulamentador<sup>1253</sup>.

Busca-se melhor coordenar os meios de transporte coletivo e torná-los mais eficientes, podendo, para isso, desapropriar tantos as ações das empresas privadas de transportes como bens seus que se façam necessários à prestação do serviço de transporte<sup>1254</sup>. Envolvem tais serviços não só os próprios veículos, como também toda série de instalações (garagens, depósitos de materiais ou oficinas)<sup>1255</sup>.

Os serviços de transporte rodoviário interestadual ou internacional de passageiros é da competência da União (art. 21 XII "e" CF), a quem compete, também, instituir diretrizes para o desenvolvimento dos transportes urbanos (art. 21 XX CF). Aos Municípios compete organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído os de transporte coletivo, que têm caráter essencial (art. 30 V CF). Os serviços de transporte coletivo intermunicipal deverão ser explorados pelos Estados, por estarem afetos à competência reservada ou remanescente dos Estados (art. 25 § 1º CF).

---

<sup>1251</sup> Nesse sentido, Moraes Salles, op. cit., p. 205.

<sup>1252</sup> *Derecho Administrativo*, v. I, p. 113. *Apud* Seabra Fagundes, op. cit., p. 120

<sup>1253</sup> Cf. Gascon y Marin, *apud* Seabra Fagundes, idem, ibidem.

<sup>1254</sup> Para Seabra Fagundes, cogita-se da expropriação de empresas privadas de transporte como um modo de tornar mais eficientes ou de melhor coordenar determinados tipos de locomoção, ou, ainda, podendo se dar com o fim de por certos bens de empresa particular ao serviço de exploração já exercida pela própria Administração Pública. Op. cit., p. 120-121.

<sup>1255</sup> Nesse sentido, Cretella Júnior, op. cit., p. 116.

Moraes Salles<sup>1256</sup> ressalta que os serviços de transporte coletivo podem ser delegados pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, dentro de suas esferas de competência, a concessionários, permissionários ou autorizatários.

Para Cretella Júnior<sup>1257</sup>, o mau funcionamento dos meios de transporte pode propiciar a desapropriação fundada em utilidade pública, possibilitando, assim, a intervenção do poder público expropriante no aviamento da empresa e, a seguir, redistribuindo de maneira proporcional as diversas zona da cidade.

No mesmo sentido, Seabra Fagundes<sup>1258</sup> afirma que, desde que o funcionamento de qualquer dos meios de transporte coletivo, pela sua deficiência, acarrete transtornos a determinada região ou cidade, isto poderá motivar a intervenção do Poder Público para chamar a si sua execução ou dá-la em concessão, com o afastamento dos empresários que sirvam mal. O interesse público impõe a interferência do Estado, pois é essencial, em qualquer serviço prestado ao público, que a prestação se realize a contento das necessidades coletivas. Acrescenta que:

A Administração Pública apropriando-se, por exemplo, do material das companhias particulares de transportes urbanos por auto-ônibus poderá dar-lhes uma administração única, com melhor distribuição de veículos pelas diversas zonas de determinada cidade, servindo-as equitativamente, enquanto que as várias empresas particulares, nos seus serviços dispersos e em livre concorrência, prefeririam as zonas de maior rendimento.

---

<sup>1256</sup> Op. cit., p. 206.

<sup>1257</sup> Op. cit., p. 116.

<sup>1258</sup> Seabra Fagundes<sup>1258</sup> entende que, nesse caso, cogita-se da expropriação de empresas privadas de transporte, quando as prementes necessidades coletivas induzam a isso, como um modo de tornar mais eficientes ou de melhor coordenar determinados tipos de locomoção, ou podendo dar-se, ainda, com o fim de pôr certos bens de empresa particular ao serviço de exploração já exercida pela própria Administração Pública. Op. cit., p. 121.

Moraes Salles<sup>1259</sup>, também, entende que os bens de empresas de transporte coletivo, que venham executando insatisfatoriamente tais serviços ou tenham ficado impossibilitados de prosseguir, por qualquer motivo, no desempenho dessa atribuição, podem ser desapropriados. É que a má execução dos serviços de utilidade pública impõe a intervenção do Estado, a fim de que, afastados os defeitos ou falhas em sua prestação, possa a coletividade ter à sua disposição um serviço eficiente e seguro.

A preservação 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 constituem casos de utilidade pública (art. 5º, "k", Dec.-lei n. 3.365/1941).

É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (art. 23, inc. III, CF).

O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (§ 1º, art. 216, CF).

Monumentos, documentos, obras e locais de valor histórico ou artístico sempre receberam proteção do Governo Brasileiro. Todos os bens

---

<sup>1259</sup> Op. cit., p. 209.

que apresentem conexão com a história brasileira, enriquecendo-a, merecem ser preservados, conservados, mediante providências necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos<sup>1260</sup>.

Seabra Fagundes<sup>1261</sup> entende que, quando algum monumento, pelo seu valor artístico ou pela correlação com fatos da história nacional, for considerado merecedor da proteção do Poder Público, essa tutela poderá ser exercida pelas mais diversas maneiras, porém a de maior eficiência, entre todas, é a incorporação do bem ao patrimônio público, sendo a desapropriação o modo jurídico de tornar efetiva tal incorporação.

Há decisão do Superior Tribunal de Justiça entendendo que "Administrativo. Tombamento. Conceito de bem vinculado a 'fatos memoráveis da História pátria' e de 'excepcional valor artístico'. Nulidade, no caso, caracterizada. I- O tombamento e a desapropriação são meios de proteção do patrimônio cultural brasileiro, consistentes em atos administrativos, que traduzem a atuação do Poder Público mediante a imposição de simples restrição ao direito de propriedade ou pela decretação da própria perda desse direito. O tombamento localiza-se 'no início duma escala de limitações em que a desapropriação, ocupa o ponto extremo' (J. Cretella Júnior). II- As restrições ou limitações ao direito de propriedade, tendo em conta a sua feição social, entre as quais se insere o tombamento, decorre do poder de polícia inerente ao Estado, que há de ser exercitado com estrita observância ao princípio da legalidade e sujeição ao controle do Poder Judiciário. Cabe a este dizer, à vista do caso concreto, se se trata de simples limitação administrativa ou de interdição ou supressão do direito de propriedade, hipótese esta que só pode ser alcançada por meio de desapropriação. III- Constituição Federal, arts. 5º, XXII, XXIII e XXIV,

---

<sup>1260</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 117.

<sup>1261</sup> Op. cit., p. 122.

e 216, § 1º. Decreto-lei n. 25, de 30-11-37, arts. 1º, 7º e 19. Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-41, art. 5º, letras 'k' e 'l'<sup>1262</sup>.

Cretella Júnior<sup>1263</sup> reconhece que há recantos favorecidos pela natureza e que, por isso, merecem especial proteção do Estado, que os defende contra demolições, trepidação de máquinas e veículos, corte de árvores, escavações e retirada de areia e terra. Para isso, o poder público expropriante desapropria paisagens e locais particularmente dotados pela natureza, integrando-os no patrimônio do Estado e, assim, exercendo de modo mais efetivo a tutela sobre tais bens.

Para Moraes Salles<sup>1264</sup>, sempre que, para preservação ou conservação dos monumentos históricos e artísticos, das paisagens e dos locais particularmente dotados pela natureza, houver utilidade ou necessidade de serem desapropriados, o Poder Público lançará mão desse instrumento para atingir aqueles objetivos. Da mesma forma, para tornar possível a adoção de medidas que se apresentem como necessárias à manutenção ou realce dos aspectos mais valiosos ou característicos desses monumentos, caberá a expropriação. E, ainda, se for necessário à proteção de paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, poderá desapropriar terrenos e edifícios. Isso porque a construção de determinado edifício poderá acarretar embaraço, total ou parcial, à visão de paisagem notavelmente bela, ensejando, portanto, a desapropriação.

Moraes Salles<sup>1265</sup> ressalta, contudo, que a desapropriação, nesses casos, não pode ser usada indiscriminadamente. Aponta o instituto do

---

<sup>1262</sup> STJ, 2ª T., REsp 30.519-0/RJ, v. u., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20-6-1994, p. 16077.

<sup>1263</sup> Op. cit., p. 117. Seabra Fagundes, por sua vez, acrescenta que a desapropriação de um terreno pode ter lugar para a proteção de paisagem quando, por exemplo, haja perigo de que pessoas interessadas na sua exploração econômica (construções, derrubadas de árvores, escavações, etc) lhe mutilem a beleza inata.

<sup>1264</sup> Op. cit., p. 210.

<sup>1265</sup> Op. cit., p. 210.

tombamento como um meio eficaz e seguro para a proteção e conservação dos monumentos históricos e artísticos, bem como das paisagens naturais notáveis, sem ter de apelar para o instrumento extremo da desapropriação, criando, assim, apenas uma limitação ao direito de propriedade, sem eliminá-lo, para que fiquem protegidos os monumentos históricos e artísticos e até mesmo as paisagens dignas dos cuidados do Poder Público.

Mesmo assim, há casos em que a expropriação se fará indispensável, como a hipótese de o proprietário de um bem tombado não dispor de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que ele requer, quando, então, deverá levar ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pelo referido bem. Recebida a comunicação e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las a expensas da União, devendo ser elas iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciar para que seja feita a desapropriação do bem (art. 19 e § 1º do Dec.-lei 25, de 30-11-1937).

A preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico são consideradas casos de desapropriação.

Arquivos organizados, catálogos, documentos esparsos, livros, cartas, diplomas, autógrafos, edições raras, armas, brasões, enfim, qualquer documento ou monumento que se revista de valor para a História Pátria

poderá ser desapropriado. Busca-se evitar a perda desses bens, sua deterioração ou extravio<sup>1266</sup>.

Entende Cretella Júnior<sup>1267</sup> que o valor histórico e artístico de um móvel coloca-o em posição especial diante do Poder Público, que tem o maior interesse em resguardá-lo. Assim, o mobiliário, tal como cadeiras, mesas, escrivaninhas do tempo do Brasil Colônia, do tempo do Brasil Império ou dos primeiros tempos da República, oferecem embasamento suficiente para a desapropriação por utilidade pública.

Para Moraes Salles<sup>1268</sup>, verificando-se caso de utilidade ou necessidade pública, poderão ser desapropriados cartas históricas, telas de valor artístico, esculturas feitas por artistas famosos, arquivos contendo peças de conteúdo histórico inestimável, etc.

Considera-se a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios hipóteses que justificam a desapropriação por utilidade pública.

De acordo com o art. 99, inc. II, do Código Civil, são bens públicos de uso especial os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias.

São edifícios públicos os quartéis, as construções destinadas ao funcionamento das repartições públicas, os prédios dos museus instituídos

---

<sup>1266</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 117-118.

<sup>1267</sup> Op. cit., p. 118.

<sup>1268</sup> Op. cit., p. 217.

pelo Poder Público, as edificações em que se acolhe o público nos aeroportos públicos, ferrovias públicas, portos marítimos e fluviais, etc<sup>1269</sup>.

Cretella Júnior<sup>1270</sup> observa que os serviços públicos federais, estaduais e municipais, diretos ou indiretos (autarquias, concessionárias, empresas particulares), envolvem alojamentos em prédios ou edifícios. Falando a lei em construção de edifícios públicos, permite-se a desapropriação por utilidade pública, sempre que se tenha em vista que se "expropria para construir", e construir edifícios públicos (escolas, hospitais, quartéis, depósitos de materiais, estações), os quais se instalarão em repartições públicas devidamente aparelhadas.

A construção de edifícios para os serviços públicos compreende a instalação de quaisquer serviços mantidos pelo Governo Federal, pelos Estados ou pelos Municípios, seja direta ou indiretamente, por meio das autarquias, pessoas privadas exercendo função do poder público e pessoas concessionárias de serviços públicos<sup>1271</sup>.

Moraes Salles<sup>1272</sup> diz não ser preciso ressaltar a utilidade e até mesmo a necessidade de que se revestem esses edifícios, no que concerne ao bom desempenho dos serviços públicos. Daí afirmar que, além dos terrenos necessários a essas edificações, também podem ser objeto de expropriação os materiais, tais como cimento, tijolos, ferro, madeira, etc., que possam escassear, em determinado momento, na praça, tornando difícil sua aquisição pelas vias normais, pela Administração, com fundamento nesse preceito da Lei de Desapropriações.

---

<sup>1269</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 217.

<sup>1270</sup> Op. cit., p. 119.

<sup>1271</sup> Cf. Seabra Fagundes, op. cit., p. 124-125.

<sup>1272</sup> Op. cit., p. 217.



Quanto ao vocábulo "monumento", explica Moraes Salles<sup>1273</sup> que ele pode significar: obra de arquitetura ou de escultura feita para conservar a memória de algum personagem ilustre ou de algum acontecimento notável (ex.: o monumento a Camões); edifício imponente pela sua beleza, grandeza ou antigüidade (ex.: o monumento da Torre de Belém); túmulo, mausoléu, sepulcro suntuoso; qualquer obra intelectual ou material que pelo seu alto valor passa à posteridade (ex.: Os Lusíadas são um monumento da literatura portuguesa); certos acidentes naturais que se impõem pela imensidade, grandeza ou imponência (ex.: as montanhas são monumentos das revoluções geológicas); os objetos de arte ou da natureza considerados em relação ao seu significado (ex.: determinada medalha pode ser um monumento precioso para a história). No plural, o vocábulo pode significar "documentos, fragmentos de obras científicas, literárias, legislativas ou artísticas da Antigüidade, pelos quais se estuda a história dos tempos passados".

Entende Cretella Júnior<sup>1274</sup> que, se num dado local ocorreu fato histórico de significado para a História Pátria, isto justifica a iniciativa do Poder Público em procurar o proprietário e convencê-lo a dispor do imóvel, ou, não havendo acordo, cabe a desapropriação do bem particular para a construção do monumento comemorativo que pode ser, por exemplo, obelisco, túmulo, estátua.

No mesmo sentido, Seabra Fagundes<sup>1275</sup> diz que os monumentos comemorativos, muitas vezes, só terão expressão se localizados no próprio lugar em que ocorreu o fato a celebrar. Por isso, a expropriação poder-

---

<sup>1273</sup> Op. cit., p. 217-218.

<sup>1274</sup> Op. cit., p. 119.

<sup>1275</sup> Op. cit., p. 125.

se-á fazer necessária por sua localização, quando o proprietário recuse a venda por acordo.

Sempre que se faça necessária a construção de cemitérios públicos pela União, Estado-Membro, Distrito Federal ou Município, tanto as áreas edificadas como as não-edificadas podem ser desapropriadas por motivo de utilidade pública.

Não obstante a omissão da Carta Magna de 1988 relativamente ao assunto, Moraes Salles<sup>1276</sup> entende que não é vedada às associações religiosas a manutenção de cemitérios particulares, inclusive, com autorização do Poder Público, mas que o Dec.-lei 3.365/1941 só permite a desapropriação de terrenos que se destinem à construção de cemitérios públicos. Por isso, as associações interessadas na construção de cemitérios particulares deverão utilizar-se dos meios comuns de aquisição (compra e venda, doação por terceiros, permuta, etc.).

A criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso de aeronaves constituem, também, casos de utilidade pública a justificar a desapropriação.

Os estádios são vastas construções empreendidas para o abrigo de milhares de pessoas que a ele convergem a fim de assistirem a

---

<sup>1276</sup> Traz à colação julgado do TACivSP, no sentido de que "não se desapropria em benefício de indivíduos, classes ou sociedades privadas", transcrevendo a opinião de Carlos Maximiliano, nos seguintes termos: "Não se desapropria coisa alguma em benefício de indivíduos, de uma classe, ou de sociedades particulares, ainda que direta ou indiretamente sejam úteis à coletividade; de fato, a propriedade sairia do poder de um cidadão para entrar no domínio, uso e gozo de outro, não do Estado. O desfrute do bem particular há de passar para o público em geral ou para repartições ou serviços públicos. Não se consideram serviços públicos a natação, o remar, a corrida de cavalos em plano ou por sobre obstáculos, tiro ao alvo, enfim, desportos em geral, embora tenham certa utilidade para o País". Conclui o autor que os cemitérios particulares se destinam, precipuamente, ao sepultamento dos adeptos das confissões religiosas a que pertencem as associações que os construíram, daí aplicar-se aos cemitérios particulares a lição ministrada por Carlos Maximiliano. Op. cit., p. 221-222.

competições esportivas. Trata-se de grandes construções públicas erguidas em terrenos antes de propriedade particular, mas transferidos para o patrimônio do Estado, tendo-se em vista a importância pública e social das atividades ali exercidas<sup>1277</sup>.

O estádio é, pois, um conjunto poliesportivo, ou seja, local ou recinto em que podem ser praticadas várias modalidades de esporte, compreendendo, além dos locais em que os jogos ou competições se desenvolvem (campos, quadras, piscinas, raias, pistas, etc.), as instalações destinadas a abrigar o público (gerais, arquibancadas, cadeiras numeradas, camarotes, etc.) e dependências destinadas ao uso dos atletas (vestiários, duchas, departamentos médicos, etc.). Para fins de desapropriação compreende-se no vocábulo as áreas úteis ou necessárias à construção de todas essas dependências<sup>1278</sup>.

Moraes Salles<sup>1279</sup> ressalta que a expropriação só será possível se se tratar da criação de estádios públicos, não sendo possível desapropriar determinada área para a construção de estádios particulares, uma vez que "não se desapropria em benefícios de indivíduos, classes ou sociedades privadas", salvo as exceções expressa ou implicitamente previstas em lei<sup>1280</sup>.

Registra Moraes Salles<sup>1281</sup>, ainda, que o Poder Público pode expropriar os bens necessários à construção de simples campos de futebol, quadras de basquetebol, voleibol, etc., desde que se destinem a um fim de utilidade pública, já que quem pode o mais pode o menos. Assim, se a lei

---

<sup>1277</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 120.

<sup>1278</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 224-226.

<sup>1279</sup> Idem, p. 224.

<sup>1280</sup> RDA 93/193 e RT 748/364.

<sup>1281</sup> Op. cit., p. 226.

permite a desapropriação para a criação de conjuntos poliesportivos, admite, também, que ela se verifique para a construção de campos, quadras ou pistas destinadas à prática de uma determinada modalidade esportiva, isoladamente considerada.

A Lei n. 7.565, de 19-12-1986, Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu art. 1º, dispõe que o Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar.

Constitui infra-estrutura aeronáutica o conjunto de órgãos, instalações ou estruturas terrestres de apoio à navegação aérea, para promover-lhe a segurança, a regularidade e eficiência, compreendendo os sistemas relacionados nos incisos I a X do art. 25 da Lei n. 7.565/1986.

Por sua vez, o sistema aeroportuário é constituído pelo conjunto de aeródromos brasileiros, com todas as pistas de pouso, pistas de táxi, pátio de estacionamento de aeronave, terminal de carga aérea, terminal de passageiros e as respectivas facilidades, tais como o serviço contra-incêndio especializado e o serviço de remoção de emergência médica; área de pré-embarque, locais destinados a serviços públicos, locais destinados a apoio comercial, entre outros (art. 26 e parágrafo único, Lei n. 7.565/1986)

Aeródromo é toda área destinada a pouso, decolagem e movimentação de aeronaves (art. 27, Lei n. 7.565/1986). Os aeródromos são classificados em civis e militares (art. 28). Os aeródromos civis são classificados em públicos e privados (art. 29).

Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados: diretamente pela União; por empresas especializadas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias, vinculadas ao Ministério da Aeronáutica; mediante convênio com os Estados ou Municípios; por concessão ou autorização (art. 36, incs. I a IV, Lei n. 7.565/1986). Já a operação e a exploração de aeroportos e heliportos, bem como dos seus serviços auxiliares, constituem atividade monopolizada da União, em todo o território nacional, ou das entidades da administração federal indireta, dentro das áreas delimitadas nos atos administrativos que lhes atribuírem bens, rendas, instalações e serviços (§ 2º, art. 36). Compete-lhes, também, estabelecer a organização administrativa desses aeroportos ou heliportos, indicando o responsável por sua administração e operação, fixando-lhe as atribuições e determinando as áreas e serviços que a ele se subordinam (§ 3º).

Interessante observar que os aeródromos públicos, enquanto mantida a sua destinação específica pela União, constituem universidades e patrimônios autônomos, independentes do titular do domínio dos imóveis onde estão situados (§ 5º, art. 36, Lei 7.565/1986).

Os aeroportos também constituem universalidades, equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica, embora não tenha a União a propriedade de todos os imóveis em que se situam (art. 38, Lei 7.565/1986). Os Estados, Municípios, entidades da Administração Indireta ou particulares poderão contribuir com imóveis ou bens para a construção de aeroportos, mediante a constituição de patrimônio autônomo que será considerado como universalidade (§ 1º). Quando a União vier a desativar o aeroporto por se tornar desnecessário, o uso dos bens referidos

no parágrafo anterior será restituído ao proprietário, com as respectivas acessões.

Para Cretella Júnior<sup>1282</sup> a construção de aeródromos e campos de pouso é importante para efeito de segurança nacional e para a vida econômica do país. Defende que a desapropriação recai não só sobre as chamadas áreas necessárias, mas também sobre as áreas contíguas, tendo-se em vista a ampliação dos próprios campos de pouso dos aviões.

Moraes Salles<sup>1283</sup> observa que a Lei de Desapropriações, ao considerar caso de utilidade pública, para o referido fim, a criação de aeródromos ou campos de pouso para aeronaves, quis referir-se aos aeródromos públicos (aeroportos e heliportos) e aos aeródromos militares, excluindo, portanto, as áreas que se destinem à criação ou construção de aeródromos privado ou particulares. Todavia nada impede que o Poder Público desaproprie as áreas necessárias à instituição de aeródromos públicos, entregando-as aos autorizatários para que executem as obras de construção desses campos de pouso, bem como as necessárias à sua manutenção.

Lembra Moraes Salles<sup>1284</sup>, ainda, que aeródromo é, também, a área de água, ou as áreas flutuantes destinadas àquele fim, tais como os porta-aviões, os diques dessa natureza e as embarcações em geral. Entende que, assim, pode o Poder Público desapropriar, por exemplo, diques pertencentes a particulares, que possam ser adaptados para o pouso de helicópteros militares.

---

<sup>1282</sup> Op. cit., p. 120. No mesmo sentido, observa Seabra Fagundes que a construção de aeródromos e campos de pouso, pela sua correlação com a defesa nacional e a vida econômica do país, justifica a prevalência do interesse geral sobre o interesse privado, e que tais expropriações podem abranger, não só as áreas necessárias aos campos de pouso e aeródromos, como também áreas onde haja material conveniente à terraplenagem. Op. cit., p. 126.

<sup>1283</sup> Op. cit., p. 227-228.

<sup>1284</sup> Op. cit., p. 228.

A reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária é caso de utilidade pública para fins de desapropriação.

Cretella Júnior<sup>1285</sup> menciona que o legislador estabeleceu diferença entre reedição, divulgação e invenção. "Reedita-se" e "divulga-se" o que já existe. "Inventar" é criar, tirar do nada.

Seabra Fagundes<sup>1286</sup> diz que o texto alude à reedição da obra, daí entender que, dada esta exigência, se entende que a obra que nunca foi editada é insuscetível de desapropriação. Há na desapropriação da propriedade literária, científica e artística uma condição a mais, além das exigidas em se tratando de invenção ou de outro tipo de propriedade, para que o Estado possa exercer o direito expropriatório. É preciso que o autor não queira reeditar a obra, conforme o art. 660 do Código Civil de 1919. Entende que tal condição foi mantida, explicitamente, pela lei de desapropriações quando aludiu à reedição. Daí afirmar que:

Se o autor notificado, prontificar-se a tirar nova edição, cessa para o Estado o direito de desapropriar. Deve-se entender, porém, que a reedição há de atender ao interesse público de divulgação da obra pelo número de exemplares e pelo preço de venda. Não basta que o autor aquiesça em reeditá-la. É de mister que a reedite em circunstâncias tais que tire à desapropriação a sua finalidade, que é vulgarizar a obra, ou tratando-se de livro com público especial, torná-la facilmente acessível a determinada classe de leitores. Se o autor tentar burlar a lei, restringindo a edição ou exorbitando no preço, terá lugar a intervenção do Poder Público.

Argumenta, ainda, Seabra Fagundes<sup>1287</sup> que a referência à divulgação diz respeito aos inventos compreendidos no mesmo inciso ao lado

---

<sup>1285</sup> Op. cit., p. 121.

<sup>1286</sup> Op. cit., p. 127-128.

<sup>1287</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, op. cit., p. 361.

das obras literárias, científicas ou artísticas. Para ele tal entendimento resulta, não somente do teor do inciso, na sua literalidade, onde as duas hipóteses se apresentam autônomas ("a reedição *ou* divulgação de obra *ou* invento"), como ainda do sentido peculiar às palavras reedição e divulgação, esta pertinente, com propriedade, a invento, e aquela, às demais criações intelectuais. Acrescenta, mais, que:

A falta de referência à notificação do autor para reeditar a obra se explica porque não trata a Lei de Desapropriações do processo administrativo do expropriamento, mas tão-somente do judicial. E a notificação para reeditar ainda que se tenha de fazer judicialmente, é preparatória da declaração de utilidade pública, o que vale dizer, se encarta no conjunto das fases do processo administrativo da desapropriação. Realiza-se quando, já constatado pelo agente administrativo o interesse público da reedição da obra, como medida preliminar indispensável à declaração de utilidade, que, conforme o seu resultado, talvez se torne até sem objetivo.

Moraes Salles<sup>1288</sup> critica tal posicionamento e dele discorda, por lhe parecer que a interpretação dada à alínea "o" do art. 5º do Decreto-lei n. 3.365/1941 foi demasiadamente literal. Argumenta que o direito de conservar inédita determinada obra não pode ser tido como direito moral, não obstante assim haver sido considerado pela Lei 9.610/1998. Acrescenta, ainda, que:

O direito à conservação da obra inédita relaciona-se com o direito moral do autor, mas não constitui, a nosso ver, elemento moral do direito autoral, tendo até maior ligação com o elemento econômico ou patrimonial. O mesmo se diga relativamente ao direito de retirar a obra de circulação ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada. Entendemos, pois, que o sentido teleológico do art. 24 (ns III e VI) é o de que, para os efeitos da Lei 9.610/1998, e tão-somente para estes, o direito de conservar a obra inédita ou de retirá-la de circulação tem a contextura de direito moral, embora doutrinariamente não o seja. Vale dizer: apenas para os efeitos daquela lei, tais direitos são tidos como morais. Todavia, examinados os mencionados direitos em confronto com os preceitos do Dec.-lei 3.365/1941, que permitem, genericamente, no art. 2º, a desapropriação de todos os bens, e, especificamente, na alínea "o" do art. 5º, a expropriação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária, parece-nos desarrazoado alegar que,

---

<sup>1288</sup> Op. cit., p. 232-233.



havendo sido discriminados como morais, na lei que regula os direitos autorais, não possam ser desapropriados, porque personalíssimos, imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis. Prevalece, a nosso ver, na espécie, o interesse maior da coletividade, que não pode e não deve ser prejudicado em favor do interesse particular do autor. Entendemos, portanto, que, tomando o Poder Público conhecimento da existência de obra inédita, mas de utilidade pública manifesta, poderá desapropriá-la, em seu elemento patrimonial, a fim de editá-la e divulgá-la, com fundamento na alínea "o" do art. 5º do Dec.-lei 3.365/1941, muito embora este só se refira à reedição de obras. O vocábulo reedição foi aí utilizado, porque o legislador partiu do pressuposto de que só as obras anteriormente editadas poderiam conter utilidade pública a exigir sua reedição e divulgação. Esqueceu-se, todavia, por inadvertência, de que mesmo obras inéditas poderiam chegar ao conhecimento da Administração, por via indireta, merecendo ser levadas ao conhecimento da coletividade, por seu real valor. Todavia, mesmo que se considerasse incabível a desapropriação, para efeito de edição de obra. Com fundamento na alínea "o" do art. 5º, seria possível a expropriação com base no genérico dispositivo contida no art. 2º do Dec.-lei 3.365/1941.

Cretella Júnior<sup>1289</sup> distingue que o autor, cientista ou inventor, tem direitos morais e patrimoniais sobre a obra criada ou inventada. Exemplifica dizendo que o direito moral ao nome é de natureza personalíssima, sendo, por isso, interdito a particulares ou ao Estado usurpar ou fazer desaparecer a ligação moral do autor com a obra, traduzida no nome, símbolo da autoria. Considera se que trata de direito inalienável, imprescritível, impenhorável e inexpropriável. Salaria, por outro lado, que a denominada parte patrimonial ou econômica do direito de autor ou de inventor pode ser, quando se trate de reedição ou de divulgação, desapropriada por utilidade pública.

Em se tratando de direito autoral, considera Seabra Fagundes<sup>1290</sup> que a desapropriação vista tão-somente à sua parte econômica, isto é, à edição e à venda da obra, não sendo desapropriável o elemento personalíssimo ou moral desse direito, que se exprime na vinculação do nome

---

<sup>1289</sup> Op. cit., p. 120-121.

<sup>1290</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, op. cit., p. 360.

do autor à obra. A obra é a exteriorização da criação intelectual, e somente sobre ela pode incidir o interesse público justificativo da expropriação.

Quanto ao direito de propriedade industrial (ou direito do invento), para Seabra Fagundes<sup>1291</sup> ele é perfeitamente assemelhável, pela origem e pelo conteúdo, ao direito do autor, sendo ambos espécies do gênero propriedade intelectual. Leis diversas os regulam, mas os princípios fundamentais são os mesmos. Na propriedade de invenção entende que pode o Estado tomar os resultados econômicos do invento, incorporando-o ao seu patrimônio, se houver interesse público, mas o nome, como expressão moral do direito, ligando a criação ao criador, subsiste inatingido.

Realmente, a desapropriação não costuma atingir os direitos morais do autor, tais como os de reivindicar a autoria da obra; o de ter seu nome indicado como sendo o seu autor; o de poder modificar a obra, antes ou depois de utilizada, por serem direitos personalíssimos<sup>1292</sup>.

Todavia, em relação ao direito do autor de conservar a obra inédita (inc. III, art. 24, da Lei n. 9.610/1998), entendemos que ele foi tido como direito moral apenas para os fins de proteção da Lei de Direitos Autorais, podendo a obra inédita ser desapropriada. É que a Lei expropriatória considerou como caso de utilidade pública a reedição<sup>1293</sup> "ou" a divulgação<sup>1294</sup> de obra "ou" invento de natureza científica, artística ou literária, utilizando a conjunção "ou" de forma a designar alternativa e não exclusão.

---

<sup>1291</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, op. cit., p. 360.

<sup>1292</sup> Por serem direitos personalíssimos é que não são desapropriáveis. A circunstância de o bem ser inalienável não impede ou impossibilita a sua desapropriação.

<sup>1293</sup> Significa editar novamente; publicar outra vez; reproduzir; reeditar; produzir ou praticar de novo, cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, op. cit., p. 1725.

<sup>1294</sup> É tornar público, ou notório, ou conhecido; publicar; propagar; difundir-se, cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, op. cit., p. 698.

Assim, tanto a reedição ou a divulgação de obra (tornar a obra conhecida) como a reedição (reprodução) ou divulgação de invento são casos de utilidade pública.

Cretella Júnior<sup>1295</sup> observa que os inventos referidos são os de natureza científica, mas pode haver invenções de natureza artística ou literária. Nesses casos, não há interesse público em que se limite a divulgação; o Estado, desapropriando o invento artístico ou literário, tem todo o interesse em que os administradores tomem conhecimento dessa produção importante do espírito humano, que não deve ser confinada ao círculo restrito de seu inventor ou familiares.

Para Seabra Fagundes<sup>1296</sup>, a desapropriação de invenção compreende o invento, ou melhoramentos, e também a aparelhagem aplicada à sua produção, e é subordinada à conveniência pública de divulgação do invento ou do seu uso exclusivo pelo Estado.

O programa de computador deve ser considerado "obra ou invento de natureza científica", e, por isso, a nosso ver, respeitadas as suas peculiaridades, sua reedição (reprodução) ou sua divulgação, também, constituem casos de utilidade pública, conforme previsto na alínea "o" do art. 5º do Dec.-lei n. 3.365/1941.

Finalmente, são casos de utilidade pública os demais previstos por leis especiais, de acordo com o previsto na letra "p" do art. 5º do Dec.-lei n. 3.365/1941.

---

<sup>1295</sup> Op. cit., p. 121.

<sup>1296</sup> Op. cit., p. 128.

Exemplo de caso de desapropriação previsto em lei especial é o do art. 10 da Lei n. 9.447, de 14-3-1997, que assim dispõe: "A alienação do controle de instituições financeiras cujas ações sejam desapropriadas pela União, na forma do Dec.-lei 2.321, de 1987, será feita mediante oferta pública, na forma do regulamento, assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes". Nos termos do seu § 1º, "O decreto expropriatório fixará, em cada caso, o prazo para alienação do controle, o qual poderá ser prorrogado por igual período". Já o seu § 2º dispõe que: "Desapropriadas as ações, o regime de administração especial temporária prosseguirá, até que efetivada a transferência, pela União, do controle acionário da instituição".

### **3.2- Objeto**

Nos termos do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, todos os bens poderão ser desapropriados. A regra é a liberdade expropriatória, podendo atingir tudo aquilo que seja objeto de propriedade. Assim, qualquer bem, móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo, inclusive os direitos em geral (salvo os personalíssimos, como a liberdade, a honra, a cidadania, etc.), a posse legítima ou de boa fé, o espaço aéreo e o subsolo, pode ser desapropriado, desde que apto a satisfazer uma causa de utilidade ou necessidade pública ou interesse social.

A Lei de 16-12-1954, de expropriação forçada espanhola, tem por objeto a propriedade privada, direitos ou interesses patrimoniais legítimos (art. 1º). Dispõe, nos arts. 11 e 12, a respeito da declaração de utilidade pública de bens imóveis e móveis, respectivamente. Já o Código das expropriações português (Decreto-lei n. 438, de 9.11.1991) tratou da expropriação por causa de utilidade pública apenas de bens imóveis e dos

direitos a eles inerentes (art. 1º). Também na Itália, o Decreto n. 327, de 8-6-2001, alterado pelo Dec.-lei n. 302/2002, disciplina a desapropriação somente dos bens imóveis ou de direitos a eles relativos para a execução de obras públicas ou de utilidade pública (art. 1º)<sup>1297</sup>.

Conforme observa Helita Barreira Custódio<sup>1298</sup>, o que se considera de utilidade pública nem sempre é o bem a ser expropriado ou já expropriado, mas, especialmente, a obra a ser nele executada ou executanda ou a atividade a ser desempenhada em relação a este bem, proporcionando-lhe vantagem de ordem pública, geral ou especial. O bem, como suporte básico, é indispensável à execução das obras em geral ou ao desempenho das atividades destinadas à fruição, ao gozo ou à posse da coletividade, tanto de ordem geral como especial. A desapropriação incide sobre o bem, considerando o suporte básico para a realização ou execução dos planos gerais ou especiais de utilidade pública, daí que, em princípio, não é ao bem que se atribui o caráter de utilidade pública, mas, sim, às obras nele realizadas.

Francisco Campos<sup>1299</sup> lembra que a expressão - "propriedade" - usada pela Constituição deve ser entendida em toda a sua amplitude, ou como compreendendo todas as coisas ou utilidades suscetíveis de apropriação privada ou de constituir objeto de um direito. Afirma que o conceito de propriedade é

---

<sup>1297</sup>Consta, expressamente, no art. 1º do diploma italiano que o texto único disciplina a desapropriação, inclusive a favor de particulares, dos bens imóveis ou de direitos relativos a imóveis para a execução de obras públicas ou de utilidade pública. Rosanna de Nictolis comenta que, em termos de trabalhos preparatórios, discutiu-se contemplar, além das desapropriações imobiliárias, também as desapropriações de bens móveis, na lógica de um texto único que compreendesse todas as tipologias de desapropriações. Todavia, no texto final liberado pelo Conselho de Estado, prevaleceu a tese de se contemplarem apenas as desapropriações de bens imóveis, não incluindo aquelas relativas a bens móveis, porque a lei (art. 7º § 1º letra "c", e nº 3 do anexo, de 8-3-1999, nº 50) reza que a desapropriação é conectada à urbanística, e, portanto, refere-se apenas às expropriações imobiliárias.[...] A ampla expressão "direitos relativos a imóveis" visa compreender, no objeto da desapropriação, além do que normalmente acontece, o direito de propriedade, bem como direitos reais menores (por exemplo, direito de servidão), que vão além dos direitos pessoais, pelo que a desapropriação adquire direito menor, enquanto a propriedade mesma permanece com o sujeito expropriado. Op. cit., p. 5.

<sup>1298</sup> Op. cit., p. 147.

<sup>1299</sup> *Direito Constitucional*. Freitas Bastos, 1956, v. I, p. 197-198. *Apud* Moraes Salles, op. cit., p. 119-120.

coextensivo ao de patrimônio ou propriedade; é o direito que temos sobre as coisas que constituem o nosso patrimônio. Este o direito de propriedade que a Constituição garante; e este, igualmente, o direito de que a Constituição autoriza o Estado a nos desapropriar.

Cretella Júnior<sup>1300</sup>, citando Zanobini, afirma que, em princípio, o objeto da desapropriação pode ser qualquer coisa considerada indispensável para a concretização de um fim de interesse público. Aponta como único requisito que se trate não apenas de coisa determinada quanto ao gênero, mas quanto à espécie, isto é, que seja bem infungível.

Para Seabra Fagundes<sup>1301</sup>, o texto constitucional, aludindo à desapropriação como limite posto ao direito de propriedade, deixou margem a que se pudesse fazê-la incidir sobre todos os direitos patrimoniais (reais ou não). Mas as leis, substantivas e processuais têm tratado da desapropriação visando particularmente ao domínio sobre bens imóveis. Elas não cogitam, senão esporadicamente, da desapropriação dos direitos reais sobre coisas móveis e dos direitos incorpóreos. Considera que esses casos excepcionais compreendem documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico, direitos autorais referentes a obra científica, artística ou literária, e patente de invenção. Entende que a orientação legislativa se explica porque dificilmente se concebe a necessidade de o Estado desapropriar direitos incorpóreos ou direitos reais sobre coisas móveis.

---

<sup>1300</sup> Op. cit., p. 43-44.

<sup>1301</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, op. cit., p. 357-358.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1302</sup> diz que pode ser objeto de desapropriação tudo aquilo que seja objeto de propriedade. Isto é, todo bem, imóvel ou móvel, corpóreo ou incorpóreo.

Diógenes Gasparini<sup>1303</sup> afirma que nada obsta que uma igreja, um prédio de embaixada, uma coleção de selos, um cavalo, os direitos autorais, as ações de uma companhia, o espaço aéreo, uma coleção de imagens sacras, o subsolo, uma coleção de moedas, o direito de patente e o direito de construir possam ser expropriados.

Para Kiyoshi Harada<sup>1304</sup> a expressão "todos os bens" adotada pelo art. 2º da lei básica de desapropriação abarca os bens móveis e imóveis, os direitos autorais (aspecto patrimonial), os privilégios de invenção, os semoventes, as ações de sociedade anônimas, os arquivos e documentos de valor artístico ou histórico, enfim, tudo aquilo que for necessário para atingir uma finalidade de interesse público (necessidade ou utilidade pública e interesse social).

Ressalta, todavia, José dos Santos Carvalho Filho<sup>1305</sup> que há algumas situações que tornam impossível a desapropriação. Divide-as em duas categorias: as impossibilidades jurídicas, que são aquelas que se referem a bens que a própria lei considera insuscetíveis de determinado tipo de desapropriação (p. ex., a propriedade produtiva, que não pode ser objeto de desapropriação para fins de reforma agrária, art. 185, II, CF)<sup>1306</sup>; e as impossibilidades materiais,

---

<sup>1302</sup> Op. cit., p. 809.

<sup>1303</sup> Op. cit., p. 709.

<sup>1304</sup> Op. cit., p. 69.

<sup>1305</sup> Op. cit., p. 671.

<sup>1306</sup> Observe-se que um dado bem pode ser inexpropriável para uma finalidade mas não para outra. Exemplifica Diógenes Gasparini que é o que acontece com a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra, e com a propriedade produtiva (art. 185, I e II, da CF), que são

aquelas pelas quais alguns bens, por sua própria natureza, se tornam inviáveis de ser desapropriados (p. ex., os direitos personalíssimos e a moeda corrente).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1307</sup>, ao lembrar que determinados tipos de bens são inexpropriáveis, menciona o caso dos direitos personalíssimos, como o direito pessoal do autor, o direito à vida, à imagem, aos alimentos, etc. Complementa Diógenes Gasparini<sup>1308</sup> que os títulos profissionais (advogado, engenheiro, professor, médico) e honoríficos (Medalha Anchieta, Ordem do Cruzeiro do Sul) não podem ser apropriados nem definidos por seu conteúdo patrimonial.

Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>1309</sup> afirma que não são desapropriáveis pessoas, mas apenas os bens ou direitos acionários relativos a elas, porque desapropriar significa tirar a propriedade, isto é, despojar de um objeto jurídico, e em Direito as pessoas são sujeitos e não objetos. Daí que não se desapropriam empresas, sociedades, fundações, concessionários de serviço público, mas tão-só os bens que tais entidades possuam ou os direitos representativos do capital delas. As pessoas não se extinguem por via da desapropriação.

---

inexpropriáveis para fins de reforma agrária, mas não para fins de urbanização (construção de obra pública). Op. cit., p. 710.

<sup>1307</sup> Op. cit., p. 183. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que não são desapropriáveis direitos personalíssimos, tais o de liberdade, o direito à honra etc. Op. cit., p. 809.

<sup>1308</sup> Op. cit., p. 709.

<sup>1309</sup> Op. cit., p. 810. No mesmo sentido, afirma Diógenes Gasparini que não se desapropria a pessoa, jurídica ou física, mas tão-somente os bens ou direitos a ela relativos. Por conseguinte, são inexpropriáveis as empresas, as sociedades, as fundações, os concessionários e os permissionários de serviços públicos. Delas são expropriáveis os bens e direitos. Alerta-se que essas pessoas, mesmo que venham a ter todos os bens e direitos desapropriados, não desaparecem; não se extinguem pela desapropriação. Op. cit., p. 709.



Não se desapropria o dinheiro, moeda corrente do País, por ser este o próprio meio de pagamento do bem expropriado. Contudo, dinheiro estrangeiro ou moedas raras podem ser desapropriados<sup>1310</sup>.

O bem que é facilmente encontrável no mercado e que pode ser adquirido normalmente pelas entidades federadas não é desapropriável. É que, conforme Diógenes Gasparini<sup>1311</sup>, a desapropriação somente tem sentido quando o proprietário se opõe à aquisição do bem. Fora dessa hipótese, o uso da desapropriação para a aquisição de bens comerciáveis normalmente enseja fraude à licitação, daí entender que não se podem desapropriar ônibus, carteiras escolares, móveis de escritórios, caminhões, tratores e tantos outros bens encontráveis ordinariamente no comércio.

Algumas hipóteses interessantes são colocadas pela doutrina, como, por exemplo, a possibilidade de se desapropriar o cadáver. Para Moraes Salles<sup>1312</sup>, motivos de ordem moral e religiosa, bem como por ser ele insuscetível de apreciação econômica, impedem sua expropriação. Já Carvalho Filho<sup>1313</sup> sustenta que é possível a desapropriação, ainda que em situações excepcionalíssimas que reclamem a desapropriação do cadáver, como, por exemplo, para pesquisa científica e proteção da sociedade.

Quanto a imóvel destinado a templo religioso, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, "Em princípio, é admissível a desapropriação de imóvel destinado a templo religioso, de sorte que a tese, em contrário, deve ser repelida. Hipótese em que, ademais, a impetrante sequer demonstrou sua

---

<sup>1310</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 810, e Diógenes Gasparini, op. cit., p. 709..

<sup>1311</sup> Op. cit., p. 709.

<sup>1312</sup> Op. cit., p.128-130.

<sup>1313</sup> Op. cit., p. 671.

condição de entidade religiosa e menos ainda que o imóvel expropriado seja realmente 'ocupado por um templo'<sup>1314</sup>.

Decidiu-se que: "A terra ocupada por remanescentes ou descendentes de quilombos pode ser desapropriada pela União Federal, ainda que nelas estejam sendo exploradas jazidas de minério. Proceder-se-á à indenização devida ao proprietário"<sup>1315</sup>.

Levantou-se, também, dúvida a respeito da possibilidade de a União desapropriar os prédios das nações estrangeiras, cujas embaixadas ou consulados se achem sediados no Brasil. Como bem explica Cretella Júnior<sup>1316</sup>, não há motivo algum para se supor que os privilégios e prerrogativas diplomáticas se estendam aos edifícios utilizados pelos representantes das potências estrangeiras, já que não há porção do território nacional sobre a qual a União não exerça o seu poder soberano, quando a necessidade pública ou a utilidade pública ou mesmo interesse social se faça sentir.

Eurico Sodré<sup>1317</sup> registra que Whitaker, em sua monografia, conclui pela possibilidade de desapropriar as sedes de embaixadas, legações e consulados. Para Caeiro da Matta os bens imóveis estão sujeitos à lei do lugar de sua situação. A soberania do Estado exige que ele conserve sobre todo o território, base material de suas instituições, um direito eminente pelo qual faça sentir a sua ação e mantenha a força das suas leis em todo ele. Conclui que a solução teórica da questão seria a desapropriabilidade dos prédios ocupados por embaixadas, legações ou consulados. Na prática, declarada regularmente a utilidade pública desses prédios, a desapropriação se fará por via amigável,

---

<sup>1314</sup> STF, Tribunal Pleno, MS 21014/DF, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11-10-1991, p. 14248.

<sup>1315</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AI 20050100073780-7/MA, v. u., rel. des. Tourinho Neto, DJ 25-8-2006, p. 78.

<sup>1316</sup> Op. cit., p. 49.

<sup>1317</sup> Op. cit., p. 114-115.

diplomáticamente, realizadas as gestões necessárias para se evitar um choque internacional.

Há total omissão legislativa quanto aos critérios para, em caso de utilidade pública, desapropriarem-se bens pertencentes às nações estrangeiras situados em território nacional. Deve, portanto, a lei expropriatória tratar da regulamentação da questão.

### **3.2.1- Ações societárias**

No que respeita, especificamente, à possibilidade de expropriação de ações de sociedades comerciais, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz<sup>1318</sup> historia que o tema, durante muitos anos, deu ensejo a um dos mais acesos debates no meio jurídico nacional, hoje, porém, definitivamente superado com a edição do Dec.-lei 856/1969, que acrescentou o § 3º ao art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941.

Miguel Reale<sup>1319</sup> já afirmava, com fundamento no art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941, que a legislação, ao possibilitar, indistintamente, o expropriação de todos os bens, possibilitou ao Poder Público privar compulsoriamente alguém de bens móveis de qualquer natureza, mediante justa e prévia indenização, nada impedindo que o ato unilateral da Administração recaísse sobre ações de sociedades anônimas, quer nominativas, quer ao portador.

---

<sup>1318</sup> A justa indenização na desapropriação de ações. *Revista dos Tribunais*, v. 664, p. 37.

<sup>1319</sup> *Direito Administrativo: estudos e pareceres*. 1. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1969, p. 319.

Para Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>1320</sup>, na espécie expropriatória, na constância do interesse público dominante, pode ou deve o Estado intervir em ações, adotando medidas de caráter econômico ou social protetoras da normalidade nas crises que afetem valores de mercado essenciais ao bem-estar coletivo. A expropriação de valores-papéis, quando motivada e autorizada, está inclusa na generalidade dos bens expropriáveis, inclusive os vinculados a direitos, facultando a intervenção do Estado na ordem econômica privada, mediante desapropriação de ações das sociedades comerciais, competindo ao poder judicial e aos tribunais, afastada a relação jurídica comercial, manter os direitos e assegurar pagamento objetivo dos valores comprometidos.

Diógenes Gasparini<sup>1321</sup> observa que a ação, por ser bem que se define pelo valor econômico e por ser apropriável, pode, tratando-se de sociedade privada, ser desapropriada, livremente, pelo Poder Público, isto é, pela União, Estado-membro, Distrito Federal e Município, sendo que, uma vez imitado na posse, o Poder expropriante pode exercer, desde logo, todos os direitos referentes às ações (ou títulos) adquiridas (STF, Súmula 476).

Desapropriadas as ações de uma sociedade, o poder desapropriante, imitado na posse, pode exercer, desde logo, todos os direitos inerentes aos respectivos títulos (Súmula 476, STF).

No tocante à desapropriação de ações, já se decidiu que: "Consoante abalizada doutrina, a formação de sociedades de economia mista pode se dar pela desapropriação de ações de sociedade privada (art. 236, parágrafo único, lei n. 6.404/76), quando, então, prescinde de lei *stricto*

---

<sup>1320</sup> *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 153-154.

<sup>1321</sup> *Direito administrativo*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 714.

*sensu*"<sup>1322</sup>; "Se os livros, documentos e arquivos duma empresa estão vinculados a ela, quando a mesma é desapropriada, o ato desapropriatório abrange esses livros, documentos e arquivos"<sup>1323</sup>.

Nos termos do § 3º do art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941, é vedado aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios desapropriar ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições ou 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 funcionamento e as funções desempenhadas por essas instituições ou empresas são relevantes para a União, daí se fazer necessária essa autorização.

### **3.2.2- Obra ou invento de natureza científica, artística ou literária**

É de se lembrar que o Dec.-lei n. 3.365/1941 considera caso de utilidade pública a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária. Por isso, em face do direito brasileiro, pode o Poder Público desapropriar obra, invento, modelo de utilidade, quando entender devam eles ser reeditados ou divulgados.

Os programas de computador também poderão ser desapropriados quando haja interesse na sua reedição ou divulgação. O *hardware*, ou seja, a parte física onde são armazenados e processados os dados, podem ser desapropriados com fulcro na autorização genérica contida no art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941, em havendo ocorrência de uma das hipóteses de utilidade pública previstas em lei.

---

<sup>1322</sup> STJ, 3ª Seção, MS n. 7.128/DF, v. u., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 4-2-2002, p. 273.

<sup>1323</sup> STF, Tribunal Pleno, ROMS 9.211/RS, m. v., rel. Min. Cândido Mota Filho, DJ 16-8-1993, p. 2623.

Ocorrendo a desapropriação, se o autor tiver registrado a obra ou o programa de computador, extingue-se o registro. A patente que garante a propriedade ao autor de invenção ou de modelo de utilidade, com a desapropriação, também se extingue.

A Lei n. 5.772, de 21-12-1971, que instituiu o Código da Propriedade Industrial, posteriormente revogada pela Lei n. 9.279, de 14-5-1996 que atualmente regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, estabelecia em seu art. 39 que a desapropriação do privilégio<sup>1324</sup> poderia ser promovida na forma da lei quando considerada de interesse da Segurança Nacional ou quando o interesse nacional exigisse sua vulgarização ou ainda sua exploração exclusiva por entidade ou órgão da administração federal ou de que esta participasse. O parágrafo único desse artigo dispunha que, salvo no caso de interesse da Segurança Nacional, o pedido de desapropriação, sempre fundamentado, deveria ser formulado ao Ministro da Indústria e do Comércio, por qualquer órgão ou entidade da administração federal ou de que esta participasse.

Na hipótese dos privilégios, entende Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>1325</sup> que, na esfera comercial ou industrial, o Estado adquire o poder-dever de policiar a exploração de certos produtos, podendo recorrer à desapropriação para fazer respeitar a ordem econômica e social.

---

<sup>1324</sup> Dispunha o art. 5º da Lei n. 5.772/1971 que: "Ao autor de invenção, de modelo de utilidade, de modelo industrial e de desenho industrial será assegurado o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade e o uso exclusivo, nas condições estabelecidas neste Código". Para efeito de concessão de patente, presume-se o autor o requerente do privilégio (§ 1º).

<sup>1325</sup> *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.153.

Lucas Rocha Furtado<sup>1326</sup> aduz que a Lei n. 9.279/1996 não fez qualquer menção à possibilidade de desapropriação de uma patente, contudo, configurada a natureza da propriedade industrial como direito real de propriedade, inexistente qualquer empecilho para a aplicação do procedimento da desapropriação, por incidência direta do texto constitucional (art. 5º, inc. XXIV). Assim, presentes os requisitos constitucionais da justa e prévia indenização em dinheiro, inexistente óbice para que se promova de *lege ferenda*, nos casos em que aflore o interesse nacional, a desapropriação de patentes. Cita, como exemplo, a desapropriação da patente do medicamento AZT determinada pelo Governo do Canadá, o qual, em face do contraste entre sua vital importância e o elevado preço do produto, julgou necessário que a fabricação do fármaco caísse em domínio público, de sorte a permitir que qualquer laboratório em território canadense pudesse manufaturá-lo.

### **3.2.3- Posse legítima e usucapião**

Observa Hely Lopes Meirelles<sup>1327</sup> que, apesar de a desapropriação da propriedade ser a regra, a posse legítima ou de boa-fé também é expropriável, por ter valor econômico para o possuidor, principalmente quando se trata de imóvel utilizado ou cultivado pelo posseiro. Certamente, a posse vale menos que a propriedade, mas nem por isso deixa de ser indenizável, como têm reconhecido e proclamado os nossos Tribunais (STF, RDA 123/283; TJSP, RT 221/188; TASP, RT 481/154).

---

<sup>1326</sup> *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro: comentários à nova legislação sobre marcas e patentes*: Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 1996, p. 76.

<sup>1327</sup> Op. cit., p. 508.

Diógenes Gasparini<sup>1328</sup> afirma que só pode ser objeto de desapropriação a posse legítima, de boa-fé, que autoriza a pleitear o usucapião, devendo por ela pagar-se, a título de indenização, 60% do valor do bem.

Sobre o assunto reconhece Jefferson Carús Guedes<sup>1329</sup> que a desapropriação atinge bens e direitos, mobiliários ou imobiliários, corpóreos ou incorpóreos, desde que: sejam possíveis de apossamento e comercialidade, tenham valor econômico ou patrimonial e interessem à consecução da política do Estado. A posse, qualquer que seja sua classificação, mesmo destacada da propriedade, se inclui entre os bens ou direitos suscetíveis de desapropriação. Portanto, a posse legítima e de boa-fé é expropriável. Como tem valor econômico, deve, por conseguinte, ser indenizada. Explica que será expropriável a posse justa sobre bem público possível de apossamento e ocupação, nunca a posse *cum animus domini*, porquanto esta não viceja sobre bem público. Quando se tratar de bem privado, expropriável será a posse formativa de outro direito, a posse *cum animus domini*, justa na sua origem ou intervertida. Se agrária a posse, agregam-se os requisitos qualificadores: como moradia habitual e cultura efetiva, entendida em sentido amplíssimo, ou seja, exploração.

Ressalta Jefferson Carús Guedes<sup>1330</sup>, ainda, que o usucapião, um dos efeitos mais destacados da posse, também enseja dificuldades quando se defronta com a desapropriação. Aduz que, preenchidos os requisitos do usucapião, com a completude do tempo, segundo entendimento majoritário da doutrina, está constituído o direito, pendendo apenas a declaração, que emana da sentença de procedência; o registro, ordenado na mesma decisão, segundo a maioria, tem o poder de permitir a disposição do bem, nada mais. Afirma que a

---

<sup>1328</sup> Op. cit., p. 709.

<sup>1329</sup> Desapropriação da posse no direito brasileiro. In *Revista Jurídica*, v. 266, p. 32-33.

<sup>1330</sup> Op. cit., p. 35.



incidência da desapropriação no ínterim aquisitivo só pode gerar indenização pela posse, segundo as qualidades dela, observada a ancianidade desta - além de outras características peculiares ao usucapião especial agrário, como moradia, exploração da gleba e outros -, fazendo ampliar ou reduzir seu valor, que completo, com o usucapião, equivale ao domínio. Quando, porém, a desapropriação ocorrer após o implemento dos requisitos do usucapião, mesmo quando não tenha sido declarado por sentença, mas tenha sido argüido em execução pelo usucapiente, é de ser reconhecido o direito já constituído materialmente.

Por isso, aquele que detém a posse, já lhe tendo, inclusive, sido reconhecido, por sentença, o usucapião, tem direito, na ação de desapropriação, a ser indenizado<sup>1331</sup>.

### **3.2.4- Bem inalienável**

A desapropriação também pode incidir sobre bens inalienáveis. Para Pontes de Miranda<sup>1332</sup> todos os bens são suscetíveis de desapropriação, inclusive os inalienáveis. Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>1333</sup>, nada obsta a que eles sejam desapropriados, porque a inviabilidade de alienação não pode prevalecer diante do *ius imperii* do Estado.

Depreende-se do parágrafo único do art. 1.911 do Código Civil, em relação à desapropriação de bens gravados com cláusula de inalienabilidade, que a indenização deverá ser utilizada na aquisição de outros

---

<sup>1331</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 92.01.27344-4-4/GO, v. u., rel. Tourinho Neto, DJ 10-12-1992, p. 41729.

<sup>1332</sup> *Tratado das ações*, op. cit., p. 443.

<sup>1333</sup> Op. cit., p. 671.

bens, sobre os quais incidirão as restrições impostas aos que foram expropriados.

Mário Roberto N. Velloso<sup>1334</sup> lembra que, *in casu*, incide o art. 31 do Decreto-lei n. 3.365/41, que determina a sub-rogação no preço de quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado. Entende que, operando-se a desapropriação, o vínculo não será transferido para outro bem qualquer, móvel ou imóvel, mas sim para a indenização a ser paga. O equivalente em dinheiro do bem desapropriado ficará gravado com a inalienabilidade, temporária ou vitalícia, seguindo o critério utilizado pelo instituidor do gravame (o doador ou o testador), devendo ficar gravado apenas o equivalente ao bem em si, e não o valor global da indenização. Reconhece que dinheiro parado no banco, ainda que depositado em caderneta de poupança ou aplicação análoga, dá retorno inferior à exploração comercial ou empresarial de um imóvel, por isso defende que o expropriado está autorizado a postular, após a desapropriação, a sub-rogação<sup>1335</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que: "Ação de desapropriação de bens clausulados de inalienabilidade. Inserem-se, na indenização, despesas arbitradas para a obrigatória conversão em outros bens, que ficarão subrogados nas obrigações dos primeiros"<sup>1336</sup>.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que: "Administrativo. Desapropriação. Ações nominativas. Cia. Paulista de Estradas

---

<sup>1334</sup> Op. cit., p. 119.

<sup>1335</sup> Registra que há precedente em sede jurisprudencial, a dizer: Desapropriação. Bens clausulados. Indenização. Inclusão de despesas para a obrigatória conversão em outros bens sub-rogados nas obrigações dos primeiros (STF). RT 532/270. Entende ser manobra lícita do doador - se ainda estiver vivo - revogar a cláusula no curso do processo, ou ainda sem processo, visando a que o donatário receba livre e desimpedida a indenização da desapropriação; nenhuma irregularidade trará à desapropriação, pois quem voluntariamente instituiu cláusula restritiva de direitos pode validamente suprimi-la, a seu talante. Op. cit., p. 120-121.

<sup>1336</sup> STF, 1ª T., RE 83871/RJ, rel. Min. Eloy da Rocha, DJ 1-7-1977, s/p.

de Ferro. Cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade. Sub-rogação dos ônus no produto da alienação. Cód. Civil, arts. 1.676 e 1.677. 1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a desapropriação de bens onerados com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade - caso de ações nominativas da Cia. Paulista de Estradas de Ferro - não faz desaparecer a restrição imposta pelo instituidor, dando-se a sub-rogação do valor da indenização em substituição daqueles"<sup>1337</sup>; "Administrativo e civil. Desapropriação de bem gravado pela cláusula de inalienabilidade. Sub-rogação no valor correspondente à indenização. Levantamento do preço. Impossibilidade. Código Civil, arts. 1.676 e 1.677. Precedente. Consoante já decidido pela egrégia Primeira Turna (REsp n. 64.714/SP, relator eminente Ministro Humberto Gomes de Barros), ocorrendo a desapropriação de bem inalienável, a indenização correspondente fica sub-rogada no vínculo de inalienabilidade"<sup>1338</sup>; "Civil. Administrativo. Desapropriação. Levantamento do valor correspondente à indenização, das ações nominativas gravadas com cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. I - Conforme já decidiu esta colenda Corte, a transferência da propriedade, por efeito de desapropriação, constitui alienação. É que, na desapropriação de bem inalienável, a indenização fica sub-rogada no vínculo de inalienabilidade, *ex vi* dos arts. 1.676 e 1.677, do Código Civil (REsp n. 64.714-1/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, *in* DJ de 28-8-95)"<sup>1339</sup>; "Administrativo. Desapropriação. Sub-rogação de Cláusulas Onerosas. Código Civil, artigos 1.676 e 1.677. 1. Na desapropriação de bem afetado pela cláusula da inalienabilidade, a indenização fica aprisionada ao mesmo vínculo"<sup>1340</sup>; "Civil. Administrativo. Inalienabilidade. Desapropriação. Sub-rogação no valor da indenização (Código Civil, arts. 1.676 e 1.677). I - A transferência da

---

<sup>1337</sup> STJ, 2ª T., REsp n. 84.399/SP, v. u., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 28-6-1999, p. 75.

<sup>1338</sup> STJ, 1ª T., REsp 73380/SP, v. u., rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 18-3-1996, p. 7535.

<sup>1339</sup> STJ, 1ª T., REsp 86091/SP, v. u., rel. Min. José de Jesus Filho, DJ 10-6-1996, p. 20292.

<sup>1340</sup> STJ, 1ª T., REsp 73989/SP, v. u., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 3-6-1996, p. 19208.

propriedade por efeito de desapropriação constitui alienação. II - Na desapropriação de bem inalienável, a indenização fica sub-rogada no vínculo de inalienabilidade (Código Civil, arts. 1.676 e 1.677)"<sup>1341</sup>.

Entendemos, contudo, que, incidindo a desapropriação sobre bem onerado com cláusula de inalienabilidade, melhor seria que a lei expressamente determinasse que a indenização expropriatória fosse utilizada na aquisição de outro bem, com características semelhantes ao expropriado, sobre o qual passaria a incidir a restrição nos moldes da anterior. Isso porque, em regra, o dinheiro depositado em estabelecimento bancário dará retorno inferior à exploração comercial ou empresarial do bem (móvel ou imóvel) e dificilmente conseguirá acompanhar a sua valorização no mercado.

### **3.2.5- Bem penhorado**

Por outro lado, na hipótese de a desapropriação atingir bem penhorado, entendemos que a garantia do credor deve ser substituída ou sub-rogada no valor pago a título de indenização expropriatória. É que, na execução forçada, o bem do inadimplente penhorado será alienado em hasta pública, pagando-se o credor com o produto apurado. Portanto, essa garantia deve ser substituída pelo valor pago a título de indenização expropriatória. Quando esse valor for superior ao crédito exequendo, a sub-rogação se limitará ao *quantum* suficiente para sua garantia; ocorrendo de o preço indenizatório ser insuficiente para garantir o crédito, é de se permitir a ampliação da penhora a outros bens.

O Tribunal Regional Federal-4<sup>a</sup> Reg., no caso em que a desapropriação recaiu sobre bem penhorado, decidiu que: "Tendo havido

---

<sup>1341</sup> STJ, 1<sup>a</sup> T., REsp 64714-2/SP, v. u., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 28-8-1995, p. 26578, e RSTJ, v. 78, p. 132.

desapropriação do bem penhorado em execução fiscal pelo INSS - inclusive sendo procedido ao depósito do montante relativo à avaliação do Poder Público, no valor de R\$208.000,00 e ao competente registro da desapropriação no Cartório de Registro de Imóveis - deu-se a transmissão da propriedade, pelo que não é possível seja efetuado o praxeamento de bem que não mais pertence ao executado"<sup>1342</sup>.

### **3.2.6- Bem tombado**

O tombamento é o ato final de um procedimento administrativo, resultante de poder discricionário da Administração, por via do qual o Poder Público, intervindo na propriedade, institui uma servidão administrativa, traduzida na incidência de regime especial de proteção sobre determinado bem, em razão de suas características especiais, integrando-se em sua gestão com a finalidade de atender ao interesse coletivo de preservação da cultura ou da natureza<sup>1343</sup>; é a inscrição do bem - monumento ou obra de caráter histórico, artístico ou natural - em livros especiais, chamados livros do tombo, no Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural (IBPC). Assim, há o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, o Livro do Tombo Histórico, o Livro do Tombo das Belas-Artes e o Livro do Tombo das Artes Aplicadas (art. 4º do Dec.-lei 25, de 30-11-1937)<sup>1344</sup>.

A finalidade do tombamento é conservar a coisa, reputada de valor histórico ou artístico, com sua fisionomia característica. Mas essa preservação não acarreta necessariamente a perda da propriedade, o proprietário não é substituído pelo Estado; apenas se lhe retira uma das faculdades

---

<sup>1342</sup> TRF-4ª Reg., 2ª T., AI 2004.04.01.039771-6/RS, v. u., rel. Dirceu de Almeida Soares, DJU 5-1-2005, p. 159.

<sup>1343</sup> Cf. conceito apresentado por Maria Coeli Simões Pires, *in Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 81.

<sup>1344</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 213.

elementares do domínio, o direito de transformar e desnaturar a coisa. Por isso mesmo que a coisa não sai do domínio do particular, não se desloca para o domínio do Estado, este não estará obrigado a desapropriá-la para realizar o fim que tem em vista. O Estado só toma a si o ônus da conservação - e a tanto equivale a obrigação de desapropriar - quando não seja possível conservar a coisa deixando-a em mãos do proprietário. Não está, porém, impedido de o fazer em outras hipóteses, se assim o entender em cada caso, já, então, por aplicação da lei geral sobre desapropriações e não por aplicação daquela lei especial<sup>1345</sup>.

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (CF, art. 216, incs. I a V).

Nos termos do Dec.-lei n. 25, de 30-11-1937, constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (art. 1º). São equiparados à esses bens, sendo também sujeitos a tombamento, os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela

---

<sup>1345</sup> STF, Pleno, apel. n. 7.377, m. v., rel. Min. Castro Nunes, j. 17-6-1942, in RDA 2/100.

feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana (§ 2º).

Maria Coeli Simões Pires<sup>1346</sup> afirma que, se o tombamento significar o esvaziamento do direito de propriedade, o instituto deve subsumir-se na figura da desapropriação, com a correspondente indenização; se acarretar apenas ônus sobre o bem, não se pode afirmar, *a priori*, se a servidão instituída via tombamento deve ou não gerar como consequência a indenização. Esta só pode ser deduzida como forma de compensação de prejuízo que afete de maneira significativa o titular. Acrescenta que:

Assim, em determinadas circunstâncias, a instituição de regime especial de proteção sobre determinado bem pode dar ensanchas à indenização, importando distribuição equânime do ônus para a sociedade. Será, porém, gratuita, se não houver diminuição de qualquer dos componentes do direito de propriedade, sem que essa não-incidência de indenização sirva de pretexto para situar o instituto na vertente das limitações administrativas. Daí por que, não usando o Poder Público da alternativa da desapropriação para tomar, nos casos de restrição sensível ao domínio privado - a qual possa ser avaliada em termos econômicos ou pecuniários -, fica ressalvado ao proprietário o direito de pedir, judicialmente, indenização equivalente ao prejuízo.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que "Verificada a procedência do valor histórico do imóvel de domínio particular, como integrante de um conjunto arquitetônico, subsiste o tombamento compulsório com as restrições que dele decorrem para o direito de propriedade, sem necessidade de desapropriação"<sup>1347</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que: "O proprietário de imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso tem interesse processual para

---

<sup>1346</sup> Op. cit., p. 263.

<sup>1347</sup> STF, 1ª T., AC 7.377, rel. Min. Castro Nunes, j. 19-8-1943, RDA, v. 2, p. 124-143.

ingressar com ação de desapropriação indireta quando o referido bem é tombado. [...] O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo. 4. Em sede de ação de desapropriação indireta não cabe solucionar-se sobre a permanência ou não dos efeitos de gravames (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso) incidentes sobre o imóvel. As partes devem procurar afastar os efeitos de tais gravames em ação própria"<sup>1348</sup>.

Concordamos com o posicionamento de Moraes Salles<sup>1349</sup> no sentido de que, em princípio, o tombamento não implica em indenização ao proprietário, a não ser nos casos em que as condições impostas para a conservação do bem lhe acarretarem despesas extraordinárias, ou gerem a interdição do seu uso ou prejudiquem sua normal utilização, suprimindo ou depreciando seu valor econômico, quando, então, será devida uma indenização ao proprietário.

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>1350</sup>, se o tombamento provém de entidade federativa menor, em tese, será possível a desapropriação do bem pela entidade maior, desde que, é óbvio, comprovado que o interesse público a ser atendido pela desapropriação tem prevalência sobre o que gerou o tombamento. A recíproca, porém, é inviável, ou seja, não pode a entidade menor desapropriar o bem cujo tombamento foi instituído pela entidade maior, porque

---

<sup>1348</sup> STJ, 1ª T., REsp 220983/SP, v. u., rel. Min. José Delgado, DJ 25-9-2000, p. 72.

<sup>1349</sup> Op. cit., p. 215.

<sup>1350</sup> Op. cit., p. 672.



é de se supor que o interesse atendido por esta última prevalece sobre a proteção do patrimônio local objeto do ato restritivo. A desapropriação somente seria admissível se houvesse autorização da autoridade maior.

### **3.2.7- Bem público e bem com destinação pública**

Quanto aos bens públicos, a Lei de desapropriações estabeleceu, no § 2º do art. 2º, que os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os bens dos Municípios poderão ser desapropriados pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa. Contudo existem dúvidas envolvendo a interpretação e alcance desse dispositivo.

Discute-se, por exemplo, se os bens do domínio das pessoas jurídicas de direito público a que se refere o § 2º do art. 2º do Decreto expropriatório são apenas os bens patrimoniais, ou se o dispositivo alcança todos os bens públicos.

Para Cretella Júnior<sup>1351</sup>, é inadmissível qualquer limitação à desapropriação dos bens públicos fundada na natureza específica do bem cogitado, já que o decreto expropriatório revoga, de maneira implícita, a conotação da inalienabilidade, típica dos bens de uso comum e dos bens de uso especial.

Seabra Fagundes<sup>1352</sup> preleciona que no direito brasileiro não são admissíveis quaisquer restrições à expropriação dos bens públicos com base na sua natureza, já que a lei não criou restrição alguma ao autorizar a

---

<sup>1351</sup> Op. cit., p. 66.

<sup>1352</sup> Op. cit., p. 84. No mesmo sentido Moraes Salles, op. cit., p. 134.

desapropriação deles, e, pelos seus termos amplos, se depreende derogada a inalienabilidade em cada caso de utilidade da desapropriação. Autorizada ilimitadamente a desapropriação dos bens públicos, entende-se que o decreto de expropriação traz implícita, em si, a revogação da cláusula de inalienabilidade.

Eurico Sodré<sup>1353</sup> afirma que os bens públicos podem ser desapropriados. No que toca aos dominicais, nenhuma dúvida surgirá, porque, se enriquecem o patrimônio de uma autarquia territorial, não estão destinados a um uso público. No que toca, porém, aos de uso especial e aos de uso comum do povo, para o autor é evidente que, no comum dos casos, a desapropriação não lhes atinge o domínio, mas apenas servidões ou desmembramentos desse domínio.

Cretella Júnior<sup>1354</sup> diz que, no estágio atual do direito brasileiro, não há mais dúvida sobre a possibilidade da desapropriação de bens públicos. É inadmissível qualquer limitação à desapropriação dos bens públicos fundamentada na natureza específica do bem cogitado. Autorizada a desapropriação ilimitada dos bens públicos, em 1941, entende-se que o decreto expropriatório revoga, de maneira implícita, a conotação da inalienabilidade, típica dos bens de uso comum e dos bens de uso especial. No instante em que é publicado o decreto, seu efeito imediato é o de desafetar o bem público.

Diógenes Gasparini<sup>1355</sup> entende que, obedecida determinada ordem e atendida certa exigência, os bens públicos móveis e imóveis de

---

<sup>1353</sup> Op. cit., p. 106-107.

<sup>1354</sup> Op. cit., p. 47.

<sup>1355</sup> Op. cit., p. 710.

qualquer categoria (uso comum do povo, uso especial e bens dominicais) podem ser desapropriados.

Kiyoshi Harada<sup>1356</sup> defende que as desapropriações de bens de uso comum do povo e daqueles destinados ao uso especial da Administração sujeitam-se à previa desafetação por lei específica. A desapropriação de bens de uso especial, conquanto juridicamente possível, convém ser evitada para prevenir situações que possam comprometer a harmonia das três esferas governamentais. Informa que parte da doutrina não admite a desapropriação de bens públicos de uso especial ou de uso comum do povo, mas que, como o texto legal refere-se aos "bens do domínio dos Estados, dos Municípios, Distrito Federal...", ela poderá abranger as três categorias de bens públicos previstas no art. 99 do Código Civil.

Carlos Fernando Potyguara Pereira<sup>1357</sup>, dando interpretação mais restritiva à escala expropriatória referida no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, afirma que a tal escala só se aplicaria aos bens de uso comum e especial, sendo livre a desapropriação de bens dominicais.

Para Leticia Queiroz de Andrade<sup>1358</sup>, as categorias de bens públicos referidas no art. 99 do Código Civil não devem ser tomadas como critério determinante da possibilidade ou não de desapropriação dos bens que pertencem a tais categorias, porque, para o fim de se constar a possibilidade ou não de desapropriação de um determinado bem público, não basta saber qual a função por ele já desempenhada, mas é necessário considerar também qual a

---

<sup>1356</sup> Op. cit., p. 73.

<sup>1357</sup> *A desapropriação de bens públicos à luz da doutrina e da jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. *Apud* Leticia Queiroz de Andrade, in *Desapropriação de bens públicos (à luz do princípio federativo)*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118.

<sup>1358</sup> Op. cit., p. 118.

função que esse bem virá a desempenhar, caso concretizada a desapropriação pretendida<sup>1359</sup>.

Concordamos com a maioria da doutrina, no sentido de que todos os bens públicos, quer sejam eles de uso comum, de uso especial ou dominicais, podem ser expropriados. Entendemos que a categoria do bem e a

---

<sup>1359</sup> Por discordar do entendimento de que quaisquer bens afetos a utilidades públicas sejam insuscetíveis de desapropriação, a autora rebate os três argumentos contrários à possibilidade de desapropriação desses bens, afirmando que: "O primeiro argumento é o de que a inalienabilidade dos bens de uso comum e especial, gravada pelo art. 67 do Código Civil de 1916 e, atualmente, pelo art. 100 do Código Civil em vigência, impossibilitaria a desapropriação desses bens. Em nossa opinião, a inalienabilidade dos bens afetos direta ou indiretamente a utilidades públicas não interfere na possibilidade de sua desapropriação. Com efeito, esse tipo de preocupação só faz sentido quando se cogita da validade de negócios jurídicos em que há transferência da propriedade, para a qual é fundamental investigar não só a capacidade do sujeito de dispor daquele bem, como também se sobre o bem não recai algum tipo de ônus que impeça sua livre disposição. Mas, a desapropriação, mesmo quando resulta na aquisição de um bem por parte do expropriante, é, do seu ponto de vista, forma originária de aquisição desse bem e, do ponto de vista do expropriado, sacrifício compulsório de direito, em virtude da incompatibilidade do exercício desse direito com a satisfação dos interesses públicos enumerados em lei, mediante o pagamento de uma indenização justa, prévia e em dinheiro. De modo que, se, para um, o sacrifício é compulsório e, para outro, a aquisição é original, não faz sentido cogitar acerca da inalienabilidade ou não daquele bem, pois a aquisição do bem, por parte do poder público, e a perda do bem, por parte do expropriado, não decorre de um negócio jurídico.[...] Discordamos, portanto, daqueles que vêem na desapropriação uma alienação compulsória, pois conquanto a desapropriação seja, assim como a alienação, uma forma de perda da propriedade, dela difere sobretudo porque independe do título anterior da propriedade adquirida, por isso se dizer que a aquisição, quando há, é original; enquanto que a compra de um bem é justamente a transferência desse título de propriedade do vendedor para o comprador, por isso se dizer que a aquisição, nesse caso, é derivada. [...] Assim é que acreditamos que a inalienabilidade desses bens afetos a utilidades públicas não os torna insuscetíveis de desapropriação, porquanto a questão da alienabilidade ou não do bem nada tem a ver com a possibilidade de sua expropriação. O outro argumento é o de que a desapropriação de bens já destinados a uma necessidade ou utilidade pública careceria de motivo. Pois bem. O motivo para a desapropriação será, como sempre, a satisfação de uma utilidade ou necessidade pública, mesmo que o objeto dessa desapropriação seja um bem já a serviço de outra utilidade ou necessidade pública. Com efeito, não é necessário muito esforço para se imaginar hipóteses em que um mesmo bem possa servir a mais de uma utilidade ou necessidade pública. É claro que quando essas utilidades ou necessidades públicas forem compatíveis, a melhor saída será que coexistam sobre o mesmo bem, para que ambos os interesses públicos possam ser satisfeitos. Contudo, quando as utilidades ou necessidades públicas forem incompatíveis entre si, uma prevalecerá sobre a outra, e isso ocorrerá quando o interesse ao qual uma delas estiver relacionada for superior ao interesse ao qual a outra estiver relacionada, superioridade que é condição *sine qua non* para a deflagração do poder expropriatório [...] essa situação de desigualdade jurídica entre os interesses públicos ocorre sempre que confrontados interesses públicos primários de distintas escalas de abrangência, quando confrontados interesses públicos primários com interesses públicos secundários, ou, ainda, quando confrontados interesses públicos secundários que se relacionem com intensidade distinta aos interesses públicos primários. Por fim, o terceiro e último argumento contrário à possibilidade de desapropriação de bens já destinados a uma utilidade pública é o de que o reconhecimento dessa possibilidade implica a admissão de que possa haver conflito entre interesses públicos, o que seria inadmissível. [...] É claro que um interesse público não poderá prevalecer sobre o outro se entre eles não houver uma desigualdade jurídica; mas, conforme já dissemos, há desigualdades jurídicas também entre os interesses públicos, o que possibilita a desapropriação mesmo quando se confrontem dois interesses públicos. Face ao exposto, e também porque acreditamos que nosso direito positivo tende a ampliar e não a restringir o exercício da desapropriação e de seu alcance objetivo - o que é compatível com a dicção do *caput* do art. 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, segundo o qual todos os bens são passíveis de desapropriação, e se justifica porque a desapropriação é antes de mais nada um instrumento necessário à satisfação dos interesses públicos -, concluímos que mesmo aqueles bens já destinados a uma utilidade pública podem ser passíveis de desapropriação. Op. cit., p. 118-121.

sua função atual devem ser comparadas com a função que o bem passará a desempenhar se desapropriado, qual a necessidade/utilidade pública ou interesse social que ele passará a atender; se o último interesse público, previsto com a declaração de utilidade pública, prevalecer, deverá ser permitida a expropriação, qualquer que seja a categoria do bem público.

Letícia Queiroz de Andrade<sup>1360</sup> observa que há, contudo, uma condição relacionada ao objeto da desapropriação que deve ser observada para sua expropriação: não podem ser objeto de desapropriação aqueles bens cuja propriedade tenha sido atribuída às entidades federativas diretamente pela Constituição, tais como os bens da União, referidos no art. 20, incisos II a XI, e no art. 176 da Constituição Federal, e também os bens dos Estados, referidos no art. 26, incisos I a IV. Defende que os bens que a própria Constituição, soberana, atribui às entidades federativas não lhes podem ser subtraídos pelas demais. Ressalva, apenas, que as terras devolutas dos Estados e da União só serão inexpropriáveis quando efetivamente estiverem afetadas a alguma utilidade pública, tal como ocorre com as terras devolutas necessárias para a defesa nacional e à preservação ambiental. Isso decorre do princípio da supremacia do interesse capaz de proporcionar maior benefício coletivo e é compatível com o que estabelece o art. 225, § 5º, da Constituição Federal.

No direito italiano, os bens pertencentes ao domínio público não podem ser desapropriados até que seja declarada a sua desvinculação. Os bens pertencentes ao patrimônio indisponível do Estado e dos demais entes públicos podem ser desapropriados para atender a um interesse público de relevo superior àquele satisfeito com a precedente destinação. Os bens descritos nos artigos 13, 14, 15 e 16 da Lei n. 810, de 27-5-1929, não podem ser

---

<sup>1360</sup> Op. cit., p. 121-122.

desapropriados senão mediante prévio acordo com a Santa Sé (cf. art. 4º, Decreto n. 327, de 8-6-2001, alterado pelo Dec.-lei n. 302/2002).

Questão interessante, relacionada com a necessidade ou não de se indenizarem bens de uso comum, de domínio municipal, alcançados por desapropriação decretada pelo Estado-membro, foi analisada por Caio Tácito<sup>1361</sup>, nos seguintes termos:

No caso *sub judice*, tanto a sentença, como o acórdão que a confirmou nesse passo, declaram incorporada ao patrimônio da Fazenda do Estado de São Paulo, autora da ação, toda a área objeto da desapropriação judicial, inclusive a parte reivindicada pela Prefeitura. Emitida na posse *initio litis* das áreas correspondentes às ruas e praças que a municipalidade administra há muito como vias públicas, o estado consolida, pela parte dispositiva da sentença, o título de domínio, desfalcando o patrimônio municipal, não obstante sua oposição, repetidamente manifestada nos autos, à pretendida composição administrativa, que, em verdade, não existe nem foi cogitada.[...] A conclusão do acórdão é no sentido de que "se se trata de vias públicas, bens de uso comum do povo, nada há que indenizar-se. O tema será então de composição administrativa entre a municipalidade e o estado". Somente se forem bens particulares admite a disputa do preço "entre os que comprovarem o seu domínio". Impondo ao município a perda coativa de bens públicos de seu domínio, para transferi-los ao estado - que vai aplicá-los à instituição de um bem de uso especial, nem sequer respeitando, assim, sua utilização original como bem de uso comum do povo - o acórdão cria a figura singular de uma composição administrativa por força executiva de sentença.[...] Em suma: a nosso ver, importa uma contradição em termos que o acórdão em causa possa prover à pretensão da Fazenda que importa na desapropriação de toda a área descrita na inicial (inclusive as ruas e praças internas) e, ao mesmo tempo, declara a gratuidade de uma parte dessa mesma desapropriação. Historicamente, a desapropriação tem como efeito correlato e necessário a justa indenização. A inter-relação entre os dois conceitos, inscrita no texto constitucional, é da própria essência do instituto. Desapropriação sem indenização é um contra-senso ontológico, assim como também o é composição sem consenso das partes. Pelos fundamentos expostos, entendemos que, comprovado que seja o domínio do município sobre a área dos mencionados logradouros, a importar, conseqüentemente, em que a desapropriação passada em julgado terá recaído sobre bens de uso comum, do domínio municipal, é inconstitucional a conclusão do acórdão sobre a gratuidade dessa transferência forçada.[...] Em reforço aos fundamentos da opinião que sustentamos, cumpre salientar que, conforme a doutrina prevalente

---

<sup>1361</sup> Desapropriação - bens do domínio público municipal - indenização. *Revista de Direito Administrativo*, v. 138, p. 297-301.

no plano comparativo como na literatura nacional, o domínio público importa em um direito de propriedade, embora especial, que tem como sujeito a entidade pública a que pertencer o bem. Lembra Hely Lopes Meirelles que o domínio do Estado sobre os seus bens "é direito de propriedade, mas direito de propriedade pública, sujeito a um regime administrativo especial" (*Direito Administrativo brasileiro*. 3. ed., p. 463).[...] titulares desse direito de propriedade pública são as pessoas jurídicas de direito público, conforme a expressa lição de Zanobini.[...] A corrente, porém, que pretende atribuir diretamente ao povo o domínio sobre os bens públicos de uso comum, sob invocação da doutrina romanista, encontra plena e cabal contestação em Basavilbaso (*Derecho administrativo*. 1952, v. 4, p. 171-5). Marienhoff (*Tratado del dominio público*. 1960, p. 56), embora convicto adepto de que o povo é o sujeito do domínio público, documenta o predomínio do entendimento oposto, seja o dos que conferem ao Estado um direito idêntico ao direito privado (Cammeo, De Valles, Spota, Basavilbaso), seja o dos que a ele atribuem um direito de propriedade pública (Mayer, Hauriou, Santi Romano, Manes, Presutti, Gascón y Marin, D'Alessio, Lafaille, Guicciardi, Bonnard, Diez, Alessi, Marcelo Caetano, Zanobini, Lentini, Bulrich, Cino Vitta, Laubadère, Rolland).[...] São, assim, de todo procedentes as observações de Alfredo Buzaid no sentido de que: "As circunstâncias de um bem ser de uso comum, tal como a rua ou a praça, não significa, portanto, que pertença ao povo; seu proprietário é a pessoa jurídica de direito público interno, que o entrega ao uso do povo, sem lhe transferir o domínio...O povo não é titular do bem público de uso comum; é isso sim, o beneficiário. Titular de domínio é sempre a pessoa jurídica de direito público interno"[...] Titular do direito de propriedade pública, não poderá o município ser dele despojado, por ato expropriatório do estado-membro, sem a necessária contrapartida, ínsita no próprio conteúdo da desapropriação (como tal declarado no texto constitucional) da "justa e prévia indenização em dinheiro".

Concordamos com o autor, entendendo que o titular do bem público é a pessoa jurídica de direito público interno, na forma estabelecida no art. 98 do Código Civil, por isso, qualquer que seja a categoria do bem público desapropriado (de uso comum do povo, de uso especial e os dominicais), ele deverá ser objeto de indenização.

Existem dúvidas, também, se é possível a desapropriação de bens estaduais por outro Estado ou municipais por outro Município, no caso de um bem de um deles estar situado na área territorial do outro, já que o Decreto-lei n. 3.365/1941 não regulou a questão.

Sobre o assunto, diz Moraes Salles<sup>1362</sup> que, mesmo diante da omissão do Decreto-lei n. 3.365/1941, é impossível ocorrer desapropriação dessa natureza, por estarem os Municípios em posição de absoluta igualdade na escala hierárquica fixada pela Carta Magna para as entidades políticas da Federação Brasileira.

Para Sérgio Ferraz<sup>1363</sup>, visando tornar operativa a faculdade expropriatória, o legislador deveria ter considerado dois parâmetros: que a faculdade de desapropriação não constitui manifestação do *dominium eminens*, poder político, segundo a concepção clássica de domínio eminente, traduzível em domínio do soberano sobre todos os bens do território sob seu império; e, que o fundamento da expropriação, entre nós, está em que, havendo conflito entre o interesse público e o interesse privado, que não foi previsto em lei, se há de atender àquele, dando-se satisfação a esse, indiretamente. Complementa que:

Caso o tivesse feito, a conseqüência seria que, dentro da esfera de autonomia e competência que lhe fosse peculiar, cada um dos entes federados, respeitados os condicionamentos legais e caracterizada a prevalência do interesse público, poderia desapropriar qualquer bem, sem consideração quanto a quem fosse o proprietário. Entretanto, ao baixar o Decreto-lei n. 3.365, e talvez em face não só das circunstâncias políticas então vigentes, mas do próprio tom autoritário e centralizador da Carta de 1937, voltam à mente do legislador, seguramente, todos os conceitos mais remotamente agregados ao estudo da desapropriação, em particular sua inicial inspiração na idéia do domínio eminente. Só assim é explicável a redação do § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-1941:[...] Assim, em face de nosso direito positivo, não basta a observância das regras constitucionais pertinentes, nem a caracterização do interesse público. Também imprescindível será a investigação da titularidade do bem expropriando, de que poderá resultar, inclusive, a vedação 'in concreto', à utilização da faculdade de desapropriar. Foi, portanto, a hierarquia federativa, no seu sentido descendente, elevada à colocação de mais um requisito para o exercício do direito de expropriar: a desapropriação de bens públicos só é possível se obedecida a precedência; somente o ente hierarquicamente mais elevado pode expropriar bens de outra entidade pública.[...]Em face do

---

<sup>1362</sup> Op. cit., p. 140.

<sup>1363</sup> Desapropriação de bens estaduais: efetivação por outro Estado - Inadmissibilidade. Revista de Direito Público, v. 30, p. 71-74.



exposto, portanto, parece-nos legalmente vedado desapropriar um Estado-membro bens de outro Estado-membro.

Diógenes Gasparini<sup>1364</sup> observa que um Estado não pode desapropriar bens de outro Estado (RTJ, 77:48; RDP, 30:67; RDA, 37:225; RT, 482:160), ainda que situados em seu território, e que a desapropriação de bens municipais só é possível em relação aos de seus Municípios. Não pode, pois, o Estado desapropriar bem de outro (RDP, 30:74; JB, 11:408). Assim é porque o poder expropriante circunscreve-se ao território da entidade que o detém, como só a esse espaço físico se afeiçoa qualquer outra competência dessas entidades quando atuam como Poder Público. Entende que, do ponto de vista teórico, o que fundamenta a desapropriação é a supremacia geral que o Poder Público exerce sobre os bens situados no âmbito de validade espacial de sua ordem jurídica (RDP, 29:47), e que, não fosse assim, a desapropriação quebraria a Federação brasileira.

Reforça José dos Santos Carvalho Filho<sup>1365</sup> que são fixadas vedações em relação a Estados e Municípios, uns em relação a outros. Exemplifica que um Estado não pode desapropriar bens de outros Estados, nem podem os Municípios desapropriar bens de outros Municípios, ainda que localizados em sua dimensão territorial. Nem o próprio Estado pode desapropriar bem de Município situado em Estado diverso, entendendo que todas essas vedações emanam da norma contida no art. 2º, § 2º, da Lei geral expropriatória.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1366</sup>, ao analisar a desapropriação de um bem municipal por outro município, pondera que somente

---

<sup>1364</sup> Op. cit., p. 711.

<sup>1365</sup> Acrescenta que o STF já teve a oportunidade de se manifestar sobre essas vedações, citando RTJ 77/48; RT 482/160 e RDA 128/330.

<sup>1366</sup> Desapropriação de bem público. *In Revista de Direito Público*, v. 29, p. 48-53.

a supremacia de um interesse sobre outro, isto é, o desequilíbrio entre duas ordens de interesses pode autorizar a deflagração da desapropriação, visto que esta se inspira, justamente, na necessidade de fazer preponderar um interesse maior sobre um interesse menor. Ressalta que a harmonia das pessoas jurídicas de capacidade política é um princípio cardeal de nosso sistema constitucional. Tendo-se em conta que todas elas são, por força da Lei Maior, titulares de interesses públicos, seu entrosamento equilibrado e convívio pacífico são valores preserváveis por todos os títulos e condição insuprimível da realização do interesse público globalmente considerado. Afirma que:

A desapropriação supõe a invocação de interesse de uma pessoa pública (necessidade, utilidade pública ou interesse social) superior ao de outra pessoa, cujos interesses sejam qualificados pela ordem jurídica como de menor relevância ou abrangência e por isso mesmo sobrepujáveis pelo expropriante. Nas relações controvertidas, incidentes sobre bens públicos, quando as partes conflitantes perseguem interesses jurídicos do mesmo nível, prepondera a proteção incidente sobre o bem público sempre que o grau de adscrição dele à satisfação de um interesse coletivo atual se sedia nas escalas em que é mais elevado seu comprometimento com a realização imediata de uma necessidade pública. Por inexistir desequilíbrio jurídico entre as pessoas políticas do mesmo nível constitucional, uma não pode opor a outra suas prerrogativas de autoridade se tal proceder acarretar interferência em interesse público a cargo daquela contra a qual se pretenda invocar um poder de supremacia.[...] Efetivamente, é intolerável o exercício da desapropriação de bem estadual por outro Estado ou bem Municipal por outro Município quando os interesses postos em entrosamento são ambos interesses públicos. Dado o equilíbrio jurídico deles, o pretendido expropriante não tem em seu favor a maior abrangência ou relevância de interesse que o torne sobrepujante, para servir-lhe de causa do ato expropriatório. Com o instituto da desapropriação se calça precisamente na desigualdade dos interesses confrontados, à falta dela, falece o próprio suporte do instituto. Ora, se a satisfação de necessidades públicas de um Município (ou de um Estado) é juridicamente tão valiosa quanto a satisfação de necessidades públicas de outro Município (ou de outro Estado) nenhum pode invocar em seu favor utilidade ou necessidade com força preponderante, suscetível de sobrepujar coativamente, por via expropriatória, o interesse de outro. Reversamente, se o bem atingido não estiver preposto à satisfação de uma necessidade pública, por força não se põe em causa o nivelamento de interesses, pois, em tal hipótese, ocorrerá a confrontação de um interesse público primário com interesse meramente patrimonial de outra pessoa. Neste caso não comparecerá o óbice mencionado, franqueando-se o exercício do poder expropriatório. Outrossim, se o bem público a ser atingido está adscrito à satisfação de uma necessidade pública atual, isto é,

comprometido com a realização de um interesse relevante da coletividade, tal como sucede com os bens públicos prepostos aos níveis de mais intensas vinculação ao implemento de fins públicos - dentro do que sugere a classificação do Código Civil - evidentemente a proteção jurídica que o resguarda haverá de prevalecer contra pretensão expropriatória de pessoa que persegue interesses do mesmo nível. [...] Diversamente, se a pretensão incide sobre bem público não afetado à satisfação direta de uma necessidade ou utilidade pública - como ocorre no caso extremo dos bens dominicais, possuídos à moda de qualquer proprietário, com simples patrimônio de uma pessoa pública - não mais comparece razão para obstar-se uma satisfação pública do eventual expropriante. Esta não teria por que paralisar-se em face de um interesse secundário (conforme terminologia de Carnelutti) de outra pessoa pública. Em tal caso, deixaria de existir o nivelamento jurídico de interesses, dado o caráter meramente patrimonial ou puramente incidental da propriedade, por isso mesmo conversível em outra sem dano ou prejuízo algum para os interesses específicos da pessoa pública atingida. Finalmente, é inadmissível, em face do equilíbrio e da harmonia das pessoas sediadas no mesmo nível constitucional, que uma invoque prerrogativa de autoridade, supremacia sobre outra, para afetar interesse da mesma qualidade, da mesma gradação, de igual qualificação jurídica. Só há supremacia quando a esfera jurídica de alguém incorpore valores a que o Direito atribuiu qualificação prioritária. Em face disto, não há como irrogar-se o exercício de poder expropriatório em hipóteses deste jaez<sup>1367</sup>.

Ao julgar mandado de segurança impetrado pelo Estado da Bahia contra o Estado de Pernambuco, para proteger o direito à compra, contratada entre o Estado impetrante e os herdeiros do colecionador Abelardo Rodrigues, da coleção de obras artísticas a esses pertencentes e que foi desapropriada por aquele segundo Estado, o Supremo Tribunal Federal concluiu que, considerando a federativa organização política do Brasil, é inadmissível que um Estado-membro desapropriar qualquer bem de outro Estado-membro. A desapropriação não se restringe ao domínio estritamente considerado, mas, isto sim, à propriedade de qualquer bem, seja corpóreo, seja incorpóreo, inclusive ao direito à aquisição do domínio<sup>1368</sup>. Também decidiu que: "Desapropriação, por Município, de bem de outro Município. Inadmissibilidade proclamada pelo

---

<sup>1367</sup> Op. cit., p. 56-57.

<sup>1368</sup> STF, Tribunal Pleno, MS 19983/DF, m. v., rel. Min. Thompson Flores, DJ 26-4-1976, s/p., e RTJ, v. 77-1, p. 48.

acórdão recorrido, sem negação de vigência ao art. 2º, § 2º, da Lei de Desapropriações"<sup>1369</sup>.

Debate-se, também, se deve ser respeitada uma hierarquia entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios de molde a justificar, nas desapropriações, a prevalência do interesse da União quando em choque com o interesse de entidade política menor.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>1370</sup> entende que os Municípios não poderão desapropriar bens dos Estados e da União. Nem os Estados os da União. Mesmo assim, indaga: se estamos diante de uma Federação e não há hierarquia entre os entes políticos, qual a explicação para essa ordem hierárquica? Conclui que a explicação diz respeito à hierarquia de interesses, e que os interesses da União, de aspecto mais amplo, devem preferir aos interesses do Estado, e assim sucessivamente.

Para Kiyoshi Harada<sup>1371</sup> não há, em tese, direito de precedência de um Estado contra outro ou de um Município contra outro. Entende que o Estado não pode desapropriar bens de outro Estado nem o Município desapropriar bens de outro Município, ainda que situados no território do Estado ou Município expropriante. Argumenta que, fundando-se a desapropriação no princípio da supremacia do interesse público, não haveria, em tese, como sustentar a prevalência deste ou daquele interesse, quando ambos pertencem aos entes federados que mantêm um perfeito equilíbrio político e jurídico. Entre os Estados ou entre os Municípios não há que se falar em interesse público de maior abrangência, visto que estão situados no mesmo

---

<sup>1369</sup> STF, Tribunal Pleno, RE 85550, rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 15-9-1978, p. 6988.

<sup>1370</sup> Op. cit., p. 328.

<sup>1371</sup> Op. cit., p. 75-76.

plano em perfeito equilíbrio. Registra ser pacífica a jurisprudência pela impossibilidade de tal desapropriação. Mesmo assim, reconhece que, exatamente em função da preponderância do interesse público motivador da desapropriação, é possível, em face da Carta Política, confrontar o interesse público primário de um Estado (ou de um Município) com o interesse público secundário, de natureza meramente patrimonial, de outro Estado (ou de outro Município) para se concluir pela possibilidade jurídica de desapropriação de bens estaduais por outro Estado (ou de bens municipais por outro Município).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1372</sup>, sobre o § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, diz que ele tem sido objeto de crítica pelos doutrinadores, segundo os quais a desapropriação de bens estaduais, pela União, ou de bens municipais, pela União e pelos Estados, fere a autonomia estadual e municipal. Argumenta que esse entendimento, no entanto, não pode ser aceito, tendo em vista o próprio fundamento político em que se baseia o instituto da desapropriação, a saber, a idéia de domínio eminente do Estado, entendido como o poder que o Estado exerce sobre todas as coisas que estão em seu território. Trata-se de poder inerente à própria idéia de soberania e não poderia ser obstado por um poder de igual natureza exercido pelos Estados e Municípios dentro de suas respectivas áreas geográficas, mesmo porque tais entidades não detêm soberania, mas apenas autonomia nos termos defendidos pela Constituição. Os interesses definidos pela União são de abrangência muito maior, dizendo respeito a toda a nação, tendo que prevalecer sobre os interesses regionais.

Antonio Carlos da Rosa Silva Júnior<sup>1373</sup> acredita que a disposição contida no § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/41 não foi

---

<sup>1372</sup> Op. cit., p. 182.

<sup>1373</sup> Desapropriação de bens públicos. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=5979>>. Acesso em 5-9-2005, p. 7-8 e 10.

recepção pela ordem constitucional inaugurada em 1988. Afirma que apenas há a recepção de normas infraconstitucionais materialmente compatíveis com o ordenamento superveniente, e que o mencionado preceito fere questões de extrema valia, como a característica federativa do nosso Estado e o princípio da supremacia do interesse público, não merecendo, por isso, acolhida. Argumenta que o Brasil é um Estado Federal, por isso, divide-se, político-administrativamente, em União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo todos autônomos entre si, mas agindo na persecução do interesse público.

Defende o referido autor que cabe ao Poder Judiciário a apreciação dos atos expropriatórios e análise da presença ou não do interesse público primário, dizendo qual a solução compatível com este. Cita algumas hipóteses para exemplificar sua posição, afirmando que:

quanto aos bens dominicais, imagine-se que o município de São Paulo, objetivando ampliar um de seus hospitais, cercado por montes, com o intuito de fornecer à população um serviço de melhor qualidade (motivação), constata que o terreno ao lado da construção, desafetado, único 'vizinho' existente, é de propriedade da União. Com base na ampliação do hospital, clara nos apresenta a possibilidade de desapropriação. Com relação à desapropriação de bens de uso comum, tomemos como exemplo o seguinte: o Município de Juiz de Fora, buscando construir uma unidade da polícia civil para reforçar a segurança em determinada região, acaba por encontrar local propício ao melhor atendimento à população (motivação), local este situado às margens de uma rodovia estadual, que deveria ter desapropriada parte de uma das vias. A análise do caso concreto, com todas as suas nuances, é que determinará a solução correta. Como exemplo, *in abstracto*, possível a referida desapropriação. Sobre a expropriação de bens de uso especial, que, a princípio, poder-se-ia ter como impossível, esta apresenta-se nos simples. Suponhamos que o Estado do Rio de Janeiro, dispondo-se a ampliar uma escola, com o intuito de promover um ensino de melhor qualidade a seus estudantes (motivação), acaba por 'esbarrar' em parcela do *campus* da UFRJ. Novamente é a análise da situação específica que indicará o desfecho. Como proposta, temos por factível a desapropriação<sup>1374</sup>.

---

<sup>1374</sup> Op. cit., p. 8.

Para Letícia Queiroz de Andrade<sup>1375</sup>, se legitimamente exercido, é possível o exercício de poder expropriatório entre as entidades federativas, não comprometendo a autonomia recíproca e o equilíbrio federativo. Fundamenta que a supremacia de um interesse com relação a outro se justifica na medida em que o interesse preponderante propicie maior benefício social que o outro, porquanto a superação de interesses legítimos se deve à necessidade de prover o bem estar social, sendo essa a razão pela qual esse interesse merece tratamento jurídico privilegiado. Basta que, entre os dois interesses públicos em conflito, um seja capaz de oferecer maior benefício social que o outro, para que o primeiro deva prevalecer sobre o segundo. Mediante a aplicação do princípio da supremacia do interesse que proporcione maior benefício coletivo, caracteriza-se a situação de desigualdade jurídica entre os interesses contrapostos, que é pressuposto para deflagração do poder expropriatório. Mas o que especifica e qualifica a desigualdade e efetivamente autoriza a deflagração do poder expropriatório é a relação desse interesse com uma necessidade ou utilidade pública, relacionada a um determinado bem.

Na opinião da mencionada autora, o fundamento jurídico do poder expropriatório em nada se relaciona com as qualidades inerentes ao sujeito que promove a desapropriação, e a admissão da possibilidade de exercício do poder expropriatório entre as entidades federativas não implica o reconhecimento de que exista uma desigualdade jurídica entre elas, mas, sim, o reconhecimento de que se possa configurar uma desigualdade entre os interesses por ela representados. Defende ser possível qualquer modalidade de desapropriação de bens públicos, tanto entre entidades de mesma escala federativa, quanto entre entidades de escala federativa diversa, hipótese na qual poderá ser promovida não só pela União, como também pelos Estados e

---

<sup>1375</sup> Op. cit., p. 85, 94 e 98-99.

Municípios, com relação aos bens uns dos outros. Isso porque o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, confere não só à União, mas também aos Estados e Municípios, uma prerrogativa para que possam, por meio dela, satisfazer os interesses públicos que lhes foram confiados<sup>1376</sup>.

Letícia Queiroz de Andrade<sup>1377</sup> reconhece que, entre os que admitem a possibilidade jurídica de poder expropriatório entre as entidades federativas, é unânime a preocupação com que essa possibilidade esteja submetida à observação de algumas condições, que se destinem a preservar as relações entre as entidades federativas e, ao mesmo tempo, assegurar a satisfação do interesse público que justifica a desapropriação. Analisa que:

Com a edição do Decreto-lei n. 3.365/1941, cujo art. 2º, § 2º, expressamente prevê uma escala expropriatória a ser observada para a prática da desapropriação de bens públicos, e no qual não há qualquer referência à categoria dos bens públicos que possam ser desapropriados, foi se firmando o entendimento de que essa seria a única condição a ser levada em conta. Esse pensamento só veio a sofrer algum abalo na década de 70, quando publicados os trabalhos de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1378</sup> e Sérgio Ferraz, que, de maneira distintas, defendiam ser necessário considerar, como condição, a função desempenhada pelo bem público atingido pela desapropriação.[...] Pois bem. O fundamento jurídico tradicionalmente apontado para a observação da escala decrescente entre União, Estados e Municípios, como condição para a desapropriação de bens públicos, e também do dispositivo legal que a contempla, é que se trataria de mera especificação da escala hierárquica federativa brasileira, segundo a qual haveria uma relação de hierarquia política e administrativa entre União, Estados e Municípios.[...] Dessarte, este entendimento de que a escala expropriatória do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941 estaria fundamentada em uma escala hierárquica federativa não encontra respaldo em nossa Constituição, assim como não encontraria respaldo em qualquer outra Constituição de Estados apropriadamente denominados de Federais, de forma que, fosse esse o fundamento do artigo em questão, seria forçoso concluir por sua invalidade e pela inaplicabilidade da escala expropriatória nele contemplada.[...] A competência da União para praticar a desapropriação dimana da mesma fonte jurídica que a dos Estados e Municípios, razão pela qual não é correto falar em hierarquia ou em superioridade da União no que se refere à competência administrativa para a

---

<sup>1376</sup> Op. cit., p. 99-100 e 106

<sup>1377</sup> Op. cit., p. 109-116.

<sup>1378</sup> Desapropriação de bem público, *Revista de Direito Público*, v. 29, p. 47.



prática da desapropriação. Mesmo no que se refere à competência política privativa da União acerca da matéria, o correto seria falar-se em exclusividade e não propriamente em superioridade da União com relação às demais entidades, porquanto tais entidades sequer participam dessa competência.[...] Com efeito, há mesmo uma hierarquia entre os interesses nacionais, regionais e locais, no que se refere às suas distintas abrangências. Contudo, há dois esclarecimentos que precisam ser feitos para que se possa entender a precisa significação que atribuímos a essa hierarquia, por nós reconhecida. Destaque-se, em primeiro lugar, que o reconhecimento de que existe uma hierarquia entre os interesses nacionais, regionais e locais, que são os interesses primários cuja satisfação foi atribuída, respectivamente, à União, aos Estados e aos Municípios, não implica reconhecer que exista uma hierarquia entre as pessoas políticas incumbidas da satisfação desses interesses. A hierarquia existe entre os interesses nacionais, regionais e locais, em si mesmos considerados. É por isso que, desse modo, a escala expropriatória do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, só deve ser aplicada quando as pessoas nela referidas estiverem agindo em nome de interesses públicos primários, pois, para nós a única razão capaz de justificar a prevalência de interesses postos a cargos de pessoas políticas juridicamente iguais é a maior abrangência desse interesse com relação ao outro sobre o qual prevalecerá, devendo-se tomar a expressão abrangência do interesse no sentido do número de beneficiários que a satisfação desse interesse pode alcançar. Portanto, a maior abrangência a que nos referimos só existirá quando a União ou os Estados comparecerem na defesa de interesses primários; se nessa condição não comparecerem, não há razão jurídica que autorize a distinção contemplada no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941. Assim compreendido, o referido dispositivo legal e a escala nele referida é mais uma especificação do princípio da supremacia do interesse que proporcione maior benefício coletivo,[...] pelo qual, quando estiverem em choque dois interesses públicos primários, deverá prevalecer o interesse de maior abrangência, ou seja, aquele capaz de atingir um número maior de beneficiários. Não se estará, contudo, dando aplicação a esse princípio, mas, ao contrário, estar-se-á contrariando o sentido por ele apontado, caso se admita a possibilidade de que interesses secundários da alçada da União possam prevalecer sobre interesses primários dos Estados e dos Municípios, e de que interesses secundários dos Estados possam prevalecer sobre interesses primários dos Municípios. Além da contrariedade ao princípio da supremacia do interesse que proporcione maior benefício coletivo, com essa interpretação estar-se-ia afrontando também o princípio federativo, pois, como visto, não há fundamento jurídico para que se estabeleça uma desigualdade jurídica entre União, Estados e Municípios. Reconhecemos, no entanto, que a interpretação de que a escala expropriatória só se aplica quando as pessoas nela referidas estiverem agindo em nome de interesses públicos primários não é a mais literal que se extrai do § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941.[...] Mas, em nossa opinião, a conformidade do referido dispositivo legal com o sistema jurídico vigente depende de que se lhe atribua uma interpretação restritiva, a fim de adequá-lo ao princípio federativo e ao princípio da supremacia do interesse que proporcione maior benefício coletivo.[...] O segundo esclarecimento a ser feito é que a hierarquia por nós reconhecida relaciona-se às distintas escalas de abrangência dos interesses nacionais, regionais e locais, considerados do ponto

de vista do número de beneficiários que podem atingir, a qual, como dito, se justifica em razão da supremacia do interesse que proporcione maior benefício social. Contudo, admitir a existência de uma hierarquia entre os interesses nacionais, regionais e locais, no que se refere às distintas escalas de abrangência desses interesses, não implica reconhecer que exista também uma hierarquia relacionada ao objeto sobre o qual esses interesses recaiam, que possa autorizar alguém a dizer, por exemplo, que o interesse relacionado ao fornecimento de energia elétrica é superior ao interesse relacionado à coleta de lixo, simplesmente porque o primeiro é de âmbito nacional e o segundo de âmbito local. Ao contrário, [...] as competências atribuídas à União, aos Estados e aos Municípios, constituem zonas distintas de atuação, mas de mesma importância jurídica. Desse modo, pelo exposto, podemos afirmar que o art. 2º, §2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941, cuja validade depende de que a ele se atribua a interpretação restritiva acima proposta, contempla um critério para a resolução de conflitos relacionados à desapropriação de bens públicos quando estejam em conflito dois interesses públicos primários: nesse caso, o interesse nacional, prevalecerá sobre o regional ou local, e o interesse regional, sobre o local, não se admitindo a desapropriação em sentido inverso. A observação da referida escala expropriatória não se presta, entretanto, a disciplinar os conflitos entre outros interesses públicos, sob pena de que, ao estabelecer, sem razão jurídica para tanto, uma vedação parcial aos Estados e vedação total aos Municípios, afronte o conteúdo jurídico do princípio federativo e inviabilize, sem razão jurídica para tanto, a satisfação de interesses públicos primários em choque com interesses públicos secundários.[...] Para nós, a única condição subjetiva a ser observada, não só para a prática da desapropriação de bens públicos, mas de qualquer modalidade de desapropriação, é a de que cada um desses sujeitos exerça determinada competência em determinado espaço territorial, de forma que não possa se valer da desapropriação para o exercício de competências que não lhe pertença, nem tampouco, em território sobre o qual não tenha titulação jurídica para exercer poderes políticos e administrativos.

Letícia Queiroz de Andrade<sup>1379</sup> acrescenta que, para o fim de decidir qual a utilidade pública preponderante, ou seja, qual delas é capaz de extrair do bem o proveito público maior que nele se encarna, deve ser considerada a função desempenhada pelo bem com relação ao oferecimento dessas utilidades públicas contrapostas. De acordo com esse critério, a possibilidade jurídica da desapropriação de um bem público depende de que a utilidade pública a que ela visa extraia do bem proveito público maior do que o que dele já se extraía, de forma que a decisão acerca da possibilidade jurídica ou

---

<sup>1379</sup> Op. cit., p. 122-124.

não da desapropriação de um bem público resulta de uma comparação entre os interesses públicos contrapostos relacionados a determinado bem. Esclarece, mais, que:

se o bem público almejado pela desapropriação não estiver preposto a qualquer utilidade pública, a comparação entre os interesses contrapostos a ele relacionados é bastante desequilibrada e a desapropriação é sempre possível, uma vez que ou do bem não se extraia qualquer proveito público, ou o proveito público dele extraído seja simplesmente o de que por meio dele se aufera alguma vantagem econômica, a qual será plenamente compensada pela correspondente indenização. Mas se o bem público atingido pela desapropriação já estiver preposto a uma utilidade pública, a possibilidade jurídica dessa desapropriação dependerá de que, na comparação entre a função que esse bem já desempenha com relação à outra utilidade pública visada pela desapropriação, se verifique que com a desapropriação se estará extraindo desse bem proveito público maior do que o por ele já oferecido. Nesse sentido, se a função já desempenhada pelo bem estiver diretamente relacionada com a utilidade pública à qual está afetado, a desapropriação só será possível se a função que esse bem vier a desempenhar, após a desapropriação e a realização das obras que eventualmente se façam necessárias, estiver diretamente relacionada a uma utilidade pública de maior abrangência do que a outra à qual estava atrelado, lembrando-se que a maior abrangência de uma utilidade pública com relação à outra refere-se ao número de beneficiários que o oferecimento dessas utilidades públicas contrapostas pode alcançar. Um bem estará diretamente relacionado com uma utilidade pública quando a utilidade pública oferecida for a utilização do próprio bem. No mesmo sentido, se a função já desempenhada pelo bem estiver apenas indiretamente relacionada com a utilidade pública, a desapropriação será possível quando a função que vier a ser desempenhada pelo bem após a desapropriação estiver diretamente relacionada à utilidade pública cujo oferecimento é visado pela desapropriação, ou, ainda, se a função que vier a ser desempenhada após a desapropriação, conquanto seja indireta, esteja em grau de maior proximidade com uma utilidade pública. Um bem estará indiretamente relacionado a uma utilidade pública quando sua utilização não seja, em si mesma, a utilidade pública oferecida, conquanto essa utilização colabore para o oferecimento da utilidade pública à qual está vinculado.[...]Em nossa opinião, os bens que estão diretamente relacionados a uma utilidade pública são bens de interesse público primário; enquanto que os bens indiretamente relacionados a uma utilidade pública são bens de interesse público secundário, com as conseqüências que essa diferença possui para a configuração do desequilíbrio entre os interesses contrapostos, que é pressuposto para deflagração do poder expropriatório.

O Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto, já decidiu que:

"A União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal, dos

Municípios e dos territórios e os Estados, dos Municípios, sempre com autorização legislativa específica. A lei estabeleceu uma gradação de poder entre os sujeitos ativos da desapropriação, de modo a prevalecer o ato da pessoa jurídica de mais alta categoria, segundo o interesse de que cuida: o interesse nacional, representado pela União, prevalece sobre o regional, interpretado pelo Estado, e este sobre o local, ligado ao Município, não havendo reversão ascendente; os Estados e o Distrito Federal não podem desapropriar bens da União, nem os Municípios, bens dos Estados ou da União, Decreto-lei n. 3.365/41, art. 2º, §2º. 2. Pelo mesmo princípio, em relação a bens particulares, a desapropriação pelo Estado prevalece sobre a do Município, e da União sobre a deste e daquele, em se tratando do mesmo bem. 3. Doutrina e jurisprudência antigas e coerentes. Precedentes do STF: RE 20.149, MS 11.075, RE 115.665, RE 111.079"<sup>1380</sup>; "o domínio eminente, atributo originário da União, como ente soberano, e do qual deriva a faculdade de desapropriar; o poder do governo federal de legislar sobre desapropriações e tutelar os direitos individuais - entre os quais, o de propriedade - abonam a competência federal para dispor sobre a preferência do Estado ou do seu Município, em caso de atos expropriatórios concorrentes e reciprocamente excludentes. Nessa hipótese, a preferência do ato estadual deriva de interpretação e aplicação analógicas da norma do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 3.365/41"<sup>1381</sup>.

Depreende-se do texto adotado pelo § 2º do art. 2º da Lei expropriatória que os interesses da União foram considerados como sendo de maior relevância em relação aos interesses dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e os dos Estados de maior abrangência do que os dos seus Municípios. Nesse sentido, também, vêm-se manifestando a doutrina e a jurisprudência dominante.

---

<sup>1380</sup> STF, Tribunal Pleno, RE 172816-7/RJ, m. v., rel. Min. Paulo Brossard, DJ 13-5-1994, p. 11365.

<sup>1381</sup> STF, 2ª T., RE 111.079-1, v. u., rel. Min. Célio Borja, DJ 5-6-1987, p. 11116.

Todavia, melhor seria que a Lei adotasse, como critério a definir a desapropriação de bens de uma entidade política por outra, o da prevalência do interesse público preponderante, ou seja, daquele apto a gerar maior benefício social, considerando-se, inclusive, se o número de pessoas que iriam beneficiar-se com a nova utilidade a ser imprimida ao bem seria maior ou menor. Por certo, tal opção estimularia um melhor e mais racional aproveitamento dos bens públicos. Em respeito ao equilíbrio federativo, não deveria ser considerada qualquer relação de hierarquia política e administrativa entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por esse critério, também, se resolveria a questão da desapropriação de um bem por dois Estados da Federação ou por dois Municípios, na hipótese de o bem, apesar de pertencer a uma entidade política, situar-se no território de outra. Prevaleceria, sempre, o interesse público que fosse capaz de proporcionar maior benefício social e coletivo.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 193.329-1/RJ, entendeu que: "Recurso extraordinário. 2. Desapropriação. Possibilidade de o município desapropriar bens constituídos legitimamente por particulares em próprio estadual. Não fica atingido o patrimônio estadual. 3. Falta de prequestionamento do art. 26. III, da Constituição Federal". Consta no voto do Ministro Relator que:

O acórdão recorrido examinou a espécie, nestes termos (fls. 158): 'II. Há a possibilidade do município desapropriar bens constituídos legitimamente por particulares em próprio estadual. Não fica atingido o patrimônio do Estado com a desapropriação. O uso do solo foi cedido ao particular, pelo Estado mediante o pagamento de taxa de ocupação. O município, desapropriando as acessões e benfeitorias, receberá os bens e direitos expropriados como os possuía o particular, sem prejuízo das ações e direitos que o Estado possa ter. Apenas o expropriante, com a desapropriação, subroga-se nos direitos do expropriado. E a lei não

veda a expropriação das acessões construídas pelo particular em terreno do domínio estadual e com a aquiescência deste <sup>1382</sup>.

Entretanto, o TRF-4ª Região já decidiu que: "A Lei das Desapropriações estabelece como regra geral que todos os bens poderão ser objeto da ação de desapropriação, sejam coisas móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas. Dessa forma, é admitida a desapropriação do domínio útil de um bem, uma vez que suscetível de valoração econômica. Entretanto, no que tange aos bens públicos, a amplitude antes referida sofre a limitação contida no § 2º do dispositivo legal. Com efeito, é vedado que as entidades políticas menores desapropriem bens das entidades maiores ou da mesma esfera de governo. Logo, um Município não poderia desapropriar um bem da União. No caso dos autos existe a particularidade de que o Município de Cidreira busca desapropriar tão somente o domínio útil do imóvel, pertencente à Sociedade Amigos da Praia de Cidreira, cujo domínio direto pertence à União, por se tratar de terreno de marinha (art. 20, VII, CF). A utilização privativa de bens públicos por particulares exige 'um título jurídico individual, pelo qual a Administração outorga o uso e estabelece as condições em que será exercida', submetido ao regime de direito privado, mas sob derrogações de direito público, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público. Reconhece-se a possibilidade da transferência do uso do bem do particular a terceiro, que tanto pode ser outro particular como um ente político ou administrativo (art. 3º, do Decreto-lei n. 2.398/87). Essa possibilidade, portanto, constitui acordo de vontades entre o particular que detém o domínio útil e o beneficiário da transmissão. Configura-se um negócio jurídico entre as partes, realizado fora do plano do direito processual. Diversamente, é o caso de uma desapropriação judicial, onde ocorre a perda do bem mediante o pagamento da prévia e justa indenização ao proprietário. Note-se que não há o acordo de vontades, mas sim

---

<sup>1382</sup> STF, 2ª T., RE 193.329-1/RJ, v. u., rel. Min. Néri da Silveira, DJ 8-3-2002, p. 67.

um procedimento compulsório de aquisição originária da propriedade. Assim, nada obsta que o domínio útil seja objeto de desapropriação, mas quando se trata de bem público deve-se atentar para a presença do interesse público indireto, derogatório do regime jurídico de direito privado, implica a manutenção da impossibilidade do Município desapropriar o domínio útil de particular sobre terreno de marinha da União"<sup>1383</sup>.

O domínio útil de bem público pode ser desapropriado. Caso o titular do domínio direto outorgue o domínio útil a um particular, ainda que o expropriante seja uma entidade política menor do que o titular do domínio direto, desde que a utilidade pública por ele almejada com a expropriação seja de maior abrangência do que a utilização imprimida pelo particular, ele poderá desapropriar o domínio útil do bem, já que a lei não veda a expropriação das acessões e benfeitorias construídas pelo particular em terreno do domínio público, ainda que com aquiescência deste. O expropriante receberá os bens e direitos expropriados nas mesmas condições em que os possuía o particular.

Deve ser lembrado que, mesmo nos casos permitidos, a desapropriação de bem público exige autorização do Poder Legislativo<sup>1384</sup>.

Seabra Fagundes<sup>1385</sup> observa que, não obstante a intervenção do Poder Legislativo, a declaração é sempre um ato de natureza administrativa, visto que se limita a definir situação jurídica individual. A intervenção do

---

<sup>1383</sup> Concluindo pela procedência da oposição da União e improcedência da ação de desapropriação, e que, outras questões possessórias ou indenizatórias deverão ser resolvidas nas ações próprias, não se constituindo a desapropriação meio adequado para solução de outras controvérsias, TRF-4ª Reg., 3ª T., AC 2005.04.01.011078-0, v. u., rel. Vânia Hack de Almeida, DJU 9-11-2005, p. 215.

<sup>1384</sup> Segundo Cretella Júnior, trata-se de um ato administrativo complexo, nascido da concretização de duas vontades concorrentes. Para que não se verifiquem possíveis e inevitáveis abusos de direito por parte da pessoa jurídica pública maior, em relação à menor, é que se impõe a cautela do freio e contrapeso autorizatório do legislativo, que "autoriza" mas não "usurpa" o direito de declarar a desapropriação, que cabe ao Poder Executivo. Op. cit., p. 69.

<sup>1385</sup> Op. cit., p. 85.

Legislativo não lhe dá o caráter de lei. Ele intervém no desempenho de atribuição de conteúdo puramente administrativo. A declaração se caracteriza, então, pela interferência de vontades concorrentes, como ato administrativo complexo.

Hely Lopes Meirelles<sup>1386</sup> também ressalta que a lei que declara a utilidade pública de um bem não é normativa; é específica e de caráter individual. É lei de efeito concreto equiparável ao ato administrativo, razão pela qual pode ser atacada e invalidada pelo Judiciário desde sua promulgação e independentemente de qualquer atividade de execução, porque ela já traz em si as conseqüências administrativas do decreto expropriatório.

Discute-se, ainda, em relação ao § 2º, art. 2º, do Dec.-lei n. 3.365/1941, sobre a possibilidade ou não de sua extensão às pessoas administrativas (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), quer quando seus bens forem objeto de expropriação, quer quando elas pretendam promover a desapropriação.

Quando os bens das autarquias e fundações públicas forem objeto de desapropriação, segundo Letícia Queiroz de Andrade<sup>1387</sup>, deve-se aplicar tratamento jurídico semelhante ao aplicável à desapropriação de bens das entidades federativas, porquanto a possibilidade de um bem público ser ou não desapropriado não tem qualquer relação com a pessoa que os titulariza, mas relaciona-se, isso sim, com a função desempenhada pelo bem com relação às utilidades públicas contrapostas. Em sendo o bem público é de lhe ser aplicável o mesmo tratamento jurídico aplicável aos bens públicos das entidades federativas, sejam eles pertencentes às pessoas administrativas com

---

<sup>1386</sup> Op. cit., p. 518.

<sup>1387</sup> Op. cit., p. 131.



personalidade jurídica de direito público, sejam eles pertencentes às pessoas administrativas com personalidade jurídica de direito privado.

Quanto aos bens das pessoas jurídicas com personalidade jurídica de direito privado, sejam empresas estatais ou empresas privadas concessionárias de serviços públicos, só são considerados públicos quando destinados ao oferecimento de utilidades públicas; os demais bens pertencentes a essas pessoas são considerados privados<sup>1388</sup>.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>1389</sup>, os bens de autarquias, de fundações públicas, entidades paraestatais, concessionários e demais delegados do serviço público são expropriáveis, independentemente de autorização legislativa, e a eles deve ser aplicado o mesmo tratamento jurídico aplicável aos bens pertencentes às pessoas políticas. Acrescenta que a desapropriação de bens vinculados a serviço público, pelo princípio da continuidade do próprio serviço, dependerá sempre de autorização da entidade superior que os instituiu e delegou, porque sem essa condição a atividade dos entes maiores seria tolhida, e até mesmo suprimida, pelos menores, por via expropriatória, razão pela qual o Dec.-lei 856, de 11-9-1969, acrescentou ao art. 3º, da Lei geral das desapropriações, o § 3º.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1390</sup> aduz que, por falta de disposições que regulem a matéria, tem sido muito discutida a questão relativa à desapropriação de bens que pertençam a entidades administrativas. Quanto à desapropriação de bens dessas entidades por entidades maiores, afirma não encontrar óbices na disciplina pertinente; ao contrário, guarda compatibilidade

---

<sup>1388</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>1389</sup> Op. cit., p. 509.

<sup>1390</sup> Op. cit., p. 674.

com o que dispõe o artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 3.365/1941. Anota que o problema se situa em relação à possibilidade de uma entidade menor, como por exemplo, um Município desapropriar bens de uma autarquia ou empresa pública vinculada a pessoa federativa maior, como o Estado ou a União Federal. Informa a discrepância entre os autores: para alguns, é sempre possível a desapropriação (entre eles Sérgio de Andrade Ferreira); outros advogam a tese de que a desapropriação só é possível quando se trata de bens desvinculados do objetivo institucional da pessoa administrativa, mas inviável quando esses bens consubstanciam a execução dos serviços públicos a que estão preordenados (p. ex., Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini). Todavia, entende que a desapropriação de bens públicos é fundada na hierarquia das pessoas federativas, considerando-se a sua extensão territorial. O princípio deve ser o mesmo adotado para os bens de pessoas administrativas, ainda que alguns deles possam ser qualificados como bens privados. Prevalece nesse caso a natureza de maior hierarquia da pessoa federativa à que está vinculada a entidade administrativa. Por conseguinte, para o autor se afigura juridicamente inviável que o Estado desapropriar, por exemplo, bens de uma sociedade de economia mista ou de uma autarquia vinculada à União Federal; assim como também lhe parece impossível que um Município desapropriar bens de uma empresa pública ou de uma fundação pública vinculada ao Estado, seja qual for a natureza desses bens. Registra que o STJ e o STF já se manifestaram sobre o tema, decidindo ser ilegítima a desapropriação do Estado sobre bens de sociedade de economia mista federal, sob a consideração de que, sendo o serviço executado da competência da União, os bens da entidade a ela vinculada estão a merecer proteção.

Afirma José dos Santos Carvalho Filho<sup>1391</sup> que esse entendimento é reforçado pelo § 3º do art. 2º da lei expropriatória, segundo o qual é vedado a Estados, Distrito Federal e Municípios desapropriar ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições ou empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo com prévia autorização do Presidente da República. Argumenta que, se para tais pessoas jurídicas meramente autorizadas a lei fixou a vedação expropriatória como regra, com muito maior razão é de se impedir a desapropriação de bens das pessoas administrativas descentralizada que integram a própria Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1392</sup> afirma que os Municípios não podem desapropriar bens das autarquias federais e dos Estados e estes não desapropriam bens das autarquias da União, pois não teria sentido que tais entidades administrativas, tendo sido criadas como pessoas públicas, havidas como meio eficiente de realização de propósitos desta ordem, ficassem ao desabrigo da norma protetora. Entende ser inaceitável que União e Estados, ao adotarem processos reputados mais eficientes de atuação, fossem onerados exatamente por isto, ao criarem entidades que co-participam de suas naturezas no aspecto administrativo. Aduz que o § 3º do art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941 protege, nos limites indicados pelo artigo referido, concessionários de serviços públicos federais, sociedades de economia mista e empresas públicas da União, bem como quaisquer outras pessoas por ela autorizada ou sujeitas a sua fiscalização.

---

<sup>1391</sup> Op. cit., p. 675.

<sup>1392</sup> Op. cit., p. 810-811.

Para Diógenes Gasparini<sup>1393</sup>, vigora a regra segundo a qual os bens das entidades menores podem ser desapropriados pelas maiores. Desse modo, a União pode desapropriar bens de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista criadas pelo Município, pelo Estado-Membro ou pelo Distrito Federal, ou expropriar bens das concessionárias dessas pessoas políticas. O Estado-membro, por sua vez, pode desapropriar os bens dessas entidades instituídas pelos Municípios ou de propriedade de suas concessionárias. Ademais, qualquer das pessoas políticas pode desapropriar bens de suas respectivas entidades da Administração indireta. Quanto à possibilidade da expropriação dos bens das referidas entidades por pessoas políticas menores, defende que:

Para nós, não é possível a livre desapropriação de bens das autarquias e, se prestadoras de serviço público, das empresas governamentais criadas pelas entidades políticas menores. Assim é por não se aceitar que as entidades políticas maiores possam ficar desprotegidas ao adotar essas instituições como processos eficientes para a prestação dos serviços colocados sob sua cura, e venham por essa razão, a ser oneradas com a desapropriação ao atuar por seu intermédio.[...]. Destarte, Municípios e Estados-Membros, salvo o que prescreve o § 3º do citado artigo, podem desapropriar bens de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pela União ou de suas concessionárias ou permissionárias desde que desvinculados dos seus serviços, enquanto o Município também pode desapropriar os bens de

---

<sup>1393</sup> Op. cit., p. 711-713. Ao emitir parecer em consulta formulada pelo Município de Caconde, o autor também concluiu que, atendidas as exigências constantes no ordenamento jurídico vigente, o Município pode desapropriar bens da Companhia Energética de São Paulo -CESP, se desvinculados dos serviços prestados por essa entidade da Administração indireta do Estado de São Paulo. Foi ressaltado que: "No caso sob consulta, o bem (área de terra ociosa) desejado pelo Município de Caconde, embora pertencente à Companhia Energética de São Paulo - CESP, entidade criada pelo Estado de São Paulo e concessionária de serviço público federal, não está protegido contra a expropriação municipal. Com efeito, não é bem afetado, essencial à prestação dos serviços a cargo dessa concessionária federal, dado que seu uso foi trespassado, privativamente, ao Município consulente, através de contrato, ainda em vigor, de concessão de direito real de uso. Destarte, se o uso das referidas terras foi transferido ao Município consulente, elas não eram, e isso resta claro e indubitável, essenciais à prestação dos serviços dados à sua cura. Sendo assim, seus serviços não sofrerão qualquer solução de continuidade se a mencionada área de terras ociosas for desapropriada e deixar de lhe pertencer, como não vêm sofrendo, e seria absurdo dizer-se ou sustentar o contrário. A CESP não tem qualquer necessidade dessas terras para a prestação de seus serviços. Elas não são essenciais e podem, portanto, ser desapropriadas. Para a legalidade desse desapossamento basta que haja utilidade ou necessidade pública. Ademais, como não se trata de desapropriação de ações, cotas e direitos representativos de seu capital, nem de bens afetados à execução de seus serviços, não se há de exigir qualquer autorização do Presidente da República, consoante exigido pela art. 2º, §3º, da Lei das Desapropriações. Tampouco há necessidade da autorização do Poder concedente, dado tratar-se de desapropriação que tem por objeto bem desvinculado da execução do serviço a cargo da concessionária CESP". *In Desapropriação, Revista de Direito Público*, v. 86, p. 210.

entidades dessa natureza, criadas pelos Estados, ou de suas concessionárias, se não vinculados aos serviços que tais entidades prestam (RDA, 173:132). Para tais desapropriações cremos não ser necessária qualquer autorização do Executivo responsável pela criação dessas empresas ou outorgante das concessões e permissões. Em sentido contrário veja Acórdão do STJ proferido no REsp 71.266-SP (RT, 727:148). Parece-nos, pois, correto equacionar o problema nos seguintes termos: a desapropriação de bens de autarquias, empresas governamentais e concessionárias é sempre possível se propugnada por pessoa política maior que a criadora dessas entidades, isto é, de cima para baixo, enquanto a desapropriação de bens dessas entidades pertencentes a pessoa política maior por pessoa política menor, vale dizer, de baixo para cima, só é válida em relação aos bens desvinculados dos serviços que essas entidades desempenham. Essa, aliás, é a inteligência expressada em acórdãos do STF (RDA, 84:161), do então TFR (RDA, 173:132) e do TACSP (RT, 541:176). Por essa regra, o Município pode desapropriar, por exemplo, da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM, um terreno de sua propriedade, se não estiver vinculado aos serviços que presta, mas não pode expropriar o leito ou a estação de uma de suas ferrovias (RT, 498:149), porque vinculados ao serviço que essa entidade executa e explora.

Com relação aos bens pertencentes às entidades da administração indireta, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1394</sup> aplica-se, por analogia, o artigo 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941, sempre que se trate de bem afetado a uma finalidade pública. Tais bens, enquanto mantiverem essa afetação, são indisponíveis e não podem ser desafetados por entidade política menor. Alega que esse entendimento não destoa da tese adotada na Súmula n. 157 do STF, segundo a qual "é necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica".

Sobre o assunto o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que:

Não pode o Município desapropriar imóvel da Rede Ferroviária Federal sem prévia autorização por decreto do Presidente da República (Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-41, art. 2º, § 3º, acrescentado pelo Decreto-lei n. 856, de 11-9-69. Precedentes<sup>1395</sup>).

---

<sup>1394</sup> Op. cit., p. 182.

<sup>1395</sup> STJ, 2ª T., REsp 71.266/SP, v. u., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 9-10-1995, p. 33543.

Administrativo. Processual Civil. Desapropriação para construção ou ampliação de distrito industrial. Sociedade de economia mista. Impenhorabilidade dos bens. Lei 6.404, de 1976, art. 242. Decreto-lei 3.365/41, art. 35. I - Bens desapropriados para a construção ou ampliação de distrito industrial pelo poder público municipal e incorporados ao patrimônio de sociedade de economia mista contituída para esse fim, a CIC - Cidade Industrial de Curitiba (DL 3.365/41, art. 5º, alínea "i", §§ 1º e 2º, com a redação da Lei n. 6.602/78). Impossibilidade de serem penhorados em execução promovida contra a CIC, para recebimento de indenização decorrente da desapropriação, já que são bens públicos, porque sujeitos a uma destinação pública. A execução, contra o poder expropriante, a Fazenda Municipal, deverá observar o figurino próprio, art. 730, CPC<sup>1396</sup>.

Administrativo. Municipalidade. Sociedade de economia mista. Expropriação. I - Por Lei, tendo a União Federal participação majoritária na sociedade de economia mista, patenteado está o seu interesse. Não pode, por consequência, o Município desapropriar área da sociedade sob pena de desrespeito ao estruturamento hierárquico do Estado<sup>1397</sup>.

Esse último acórdão abordou questão envolvendo a desapropriação, pelo Estado do Rio de Janeiro, de imóvel da Companhia Docas do Rio de Janeiro, sociedade de economia mista criada pela União, da qual é ela acionista majoritária. Ao proferir seu voto, o Ministro-Relator Pedro Acioli considerou que:

---

<sup>1396</sup> Consta no voto do relator, Min. Carlos Mário Velloso, que: "Em linha de princípio, tem razão a recorrente. É que os bens da sociedade de economia mista são penhoráveis (Lei n. 6.404, de 1976, art. 242). Acontece, entretanto, que, no caso, os bens penhorados, integrantes do patrimônio da recorrida - CIC - Cidade Industrial de Curitiba S/A - foram desapropriados pelo Município de Curitiba e postos no acervo da CIC - Cidade Industrial de Curitiba S.A., para o fim de constituição de distrito industrial, ou do complexo industrial de Curitiba. Desapropriados, pois, para uma certa finalidade, ou seja, a formação de distrito industrial, assim nesta finalidade estão incorporados ao patrimônio público, motivo por que não podem ser objeto de reivindicação (DL. 3365/41, art. 35) e são impenhoráveis, porque são bens públicos, já que desapropriados pelo Poder Público para uma certa finalidade de interesse público e assim incorporados ao patrimônio público e porque a execução contra a Fazenda Pública tem forma especial (CPC, art. 730).[...] Está-se a ver, então, que o fato de a desapropriação ter sido para a construção ou ampliação de distrito industrial não desfigura a situação de interesse público ou de atendimento de uma atividade pública que está subjacente a todo e qualquer ato expropriatório. Permitir, então, a penhora de bens desapropriados com a finalidade acima exposta, significa aplicar maus tratos no instituto da desapropriação, desvirtuando-o". STJ, 2ª T., REsp 978/PR, v. u., rel. Min. Carlos M. Velloso, DJ 28-5-1990, p. 4728.

<sup>1397</sup> STJ, 1ª T., RMS 1167/RJ, m. v., rel. Min. Pedro Acioli, DJ 17-2-1992, p. 1356. O acórdão vergastado restou assim ementado: "Mandado de Segurança. Desapropriação pelo Estado, de área de sociedade de economia mista, exploradora de serviços portuários, em que é a maior acionista a União. Cabimento do mandado. Direito da Impetrante a depender de comprovação de fatos, prova impossível de efetivar-se documentalmente de plano. A proteção a bens públicos da União não se estende às respectivas sociedades de economia mista. Irrelevância do fato dos bens serem foreiros à União, aspecto a importar apenas em restringir-se a desapropriação ao domínio útil. Decreto expropriatório do Estado que não se pode entender como ilegal ou praticado com abuso de poder. Denegação da segurança".

Note-se que na exploração dos serviços portuários, a área é de uso essencial. Não se trata de imóvel que, conquanto integrando o patrimônio da entidade atingida, não tenha vinculação direta com a atividade. Ao contrário, é indispensável ao desenvolvimento dos serviços portuários.[...] Ainda que o concessionário seja particular, a desapropriação de seus bens, pelos Estados, fica na dependência de autorização do Presidente da República. A própria lei ordinária impunha naqueles casos. Que não dizer, então, de bens que representam o capital da sociedade, sucessora de autarquia federal, e esta da própria pessoa-matriz, na exploração de serviços portuários atribuídos, consitutionalmente, à União? Responde-o o parágrafo 3º do art. 2º da lei de desapropriações. A decisão recente da Corte Suprema versou desapropriação de imóvel pertencente à Rede Ferroviária Federal, igualmente sociedade de economia mista. Até agora, fez-se o enfoque à luz do direito expropriatório: diante do texto do parágrafo 3º do art. 2º do DL n. 3.365, de 1941, a desapropriação depende de autorização do Governo Federal. Outro aspecto, no entanto, não deve passar ao largo porque também merece consideração. Pela leitura do decreto que declarou de utilidade pública a área em questão, a maior parte dela não é alodial mas foreira à União. A desapropriação apanharia o domínio útil da impetrante, bem assim o domínio direto da União Federal. Em síntese: 1º) O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o parágrafo 3º do art. 2º, do DL nº 3.361, de 1941, relativamente às sociedades de economia mista - classe a que pertence a impetrante - firmou entendimento de que "o patrimônio da União integrante da sociedade de economia mista continua protegido pelas prerrogativas dos bens públicos. Nesse ponto, não é de admitir-se possam exercer as entidades políticas menores o poder expropriatório sobre aqueles bens.[...] tais bens só podem ser expropriados com autorização do Governo Federal" (RTJ, 125/1.332). 2º) Ainda que assim não fosse, a quase totalidade da área atingida pelo decreto, cuja legitimidade é impugnada pelo mandado de segurança, tem seu domínio direto vinculado à União. A desapropriação é vedada pelo parágrafo 2º do art. 2º do diploma específico" (fls. 175/182).

No voto vencido, proferido pelo Ministro Gomes de Barros, foi ressaltado que:

O segundo fundamento seria no sentido de que a Companhia Docas do Rio de Janeiro - em sendo Empresa de Economia Mista - é mero desmembramento da União. *Data venia*, não o é. Pelo art. 20 do Código Civil, as pessoas jurídicas são pessoas jurídicas inconfundíveis com seus sócios. No Direito Constitucional brasileiro, as sociedades de economia mista "sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas" (Constituição Federal - Art. 173, par. 1º).[...] Não se deve esquecer que o par. 1º, quase incidindo em redundância, adverte que a empresa pública e a sociedade de economia mista sujeitam-se "ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias".[...] Pode-se, assim, dizer que as sociedades de economia mista devem observar, por inteiro, o regime a que estão submetidas as empresas privadas. Innda que existisse preceito infraconstitucional dizendo o contrário, ele seria ineficaz. É que, no Estado de Direito, o ordenamento jurídico parte da Constituição. Assim, qualquer norma

que fuja aos ditames da Constituição é ineficaz. Se a norma contrária à Constituição é anterior à vigência desta, ela desaparece, por efeito de revogação. Assim, mesmo que algum dispositivo contido na lei de desapropriação ou em algum diploma extravagante continha restrição ao direito de desapropriar bens das sociedades de economia mista, tal limitação já não mais existe. Não cabem, no Estado de Direito em que nos encontramos, interpretações artificiosas, no sentido de enxergar nas empresas estatais, entidades anfíbias, capazes de viver, tanto na seara do direito público, quanto nos limites do direito privado. É a velha questão hamletiana: ser ou não ser. Ou a entidade é sociedade de economia mista e se subordina ao direito privado, ou não o é. A segurança do Estado de Direito é avessa ao hibridismo oportunístico. Quando o Estado cria uma sociedade de economia mista (ou empresa pública), ele o faz, no propósito de a lançar no livre jogo do Direito privado, após avaliar as vantagens e desvantagens que isto representa. Não quisesse enfrentar tais agruras, o Estado teria criado uma autarquia. Pelo art. 20 do Código Civil, as pessoas jurídicas se diferenciam de forma absoluta de seus sócios.[...] Afastar a empresa pública do regime de desapropriação seria infringir o par. 1º do art. 173 da Constituição Federal. E se a lei das Desapropriações o fizesse, estaria incidindo em inconstitucionalidade. Se algum preceito dela o faz, está plenamente revogado.[...] Mas o que diz o par. 3º, art. 2º, da lei de Desapropriações é isso: [...] Na verdade, a proibição é válida para desapropriação de cotas, direito representativo do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal. Isso tem um sentido. Essa desapropriação é vedada porque com a desapropriação de cotas e com a desapropriação de ações e de direitos, o Estado ou Município poderia assumir o controle de uma empresa que, até então, estaria sob o controle da União, o que seria, realmente, um contra-senso. A sociedade - pessoa jurídica - é de direito privado. As cotas, porém, são públicas.

A questão acabou sendo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal que proferiu a seguinte ementa:

Desapropriação, por Estado, de bem de sociedade de economia mista federal, que explora serviço público privativo da União. 1. A União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, sempre com autorização legislativa específica. A lei estabeleceu uma gradação de poder entre os sujeitos ativos da desapropriação, de modo a prevalecer o ato da pessoa jurídica de mais alta categoria, segundo o interesse de que cuida: o interesse nacional, representado pela União, prevalece sobre o regional, interpretado pelo Estado, e este sobre o local, ligado ao Município, não havendo reversão ascendente; os Estados e o Distrito Federal não podem desapropriar bens da União, nem os Municípios, bens dos Estados ou da União, Decreto-lei n. 3.365/41, art. 2º, § 2º. 2. Pelo mesmo princípio, em relação a bens particulares, a desapropriação pelo Estado prevalece sobre a do Município, e da União sobre a deste e daquele, em se tratando do mesmo bem.



3. Doutrina e jurisprudência antigas e coerentes. Precedentes do STF: RE 20.149, MS 11.075, RE 115.665, RE 111.079. 4. Competindo à União, e só a ela, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres, art. 21, XII, f, da CF, está caracterizada a natureza pública do serviço das docas. 5. A Companhia das Docas do Rio de Janeiro, sociedade de economia mista federal, incumbida de explorar o serviço portuário em regime de exclusividade, não pode ter bem desapropriado pelo Estado. 6. Inexistência, no caso, de autorização legislativa. 7. A norma do art. 173, §1º, da Constituição, aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade. 8. O dispositivo constitucional não alcança, com maior razão, sociedade de economia mista federal que explora serviço público, reservado pela União<sup>1398</sup>.

O relator, Ministro Paulo Brossard, ao examinar as duas teses sustentadas pelo Estado do Rio de Janeiro, no RE 172.816-7/RJ, quais sejam, a de o Estado poder desapropriar bens de sociedade de economia mista federal não utilizados por esta em seus serviços atuais, mesmo reconhecendo que no futuro ela poderia utilizá-los para ampliação dos serviços portuários; e a ofensa ao art. 173, § 1º, da Constituição, afirmou que:

No caso, não se questiona se o Estado ou o Município podem desapropriar bem de sociedade de economia mista federal que não esteja afeto ao seu serviço. Imóvel situado no cais do Rio de Janeiro que presume integrado no serviço portuário, que é dinâmico, e a serviço da sociedade, cuja duração é indeterminada. Se o imóvel estivesse situado na Tijuca ou em Santa Tereza, em Campos ou em Petrópolis, o problema poderia ser outro; mas, localizado no cais do Rio de Janeiro, adquirido pela Cia. Docas para a ampliação e melhoria de seus serviços, sou forçado a concluir, até demonstração em contrário, que ele é necessário ao serviço público federal desempenhado pela recorrida.[...] Competindo à União, e só a ela, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais ou lacustres, art. 21, XII, f, da Constituição, parece inconstestável a natureza pública do serviço de docas, atribuído à recorrida e do qual ela se desincumbe em regime de exclusividade. O serviço de docas do porto do Rio de Janeiro poderia ser desempenhado por empresa privada, mediante concessão, e nem por isso seus

---

<sup>1398</sup> STF, Tribunal Pleno, RE 172816-7/RJ, m. v., rel. Min. Paulo Brossard, DJ 13-5-1994, p. 11365. O STF, 2ª T., ao julgar o RE 115665-MG, já havia decidido que: "Desapropriação, por Município, de imóvel pertencente à Rede Ferroviária Federal. Não havendo dúvida de que o imóvel integra o patrimônio da União Federal, e como tal está abrangido pela norma do parágrafo 3º do artigo 2º do Decreto-lei n. 3.365/41, com a redação dada pelo Decreto-lei n. 856/69, a sua desapropriação só é possível após a autorização do Presidente da República", v. u., rel. Min. Carlos Madeira, DJ 15-4-1988, p. 8405.

bens seriam desapropriáveis pelo Estado, sem autorização do Presidente da República; o mínimo que se poderia dizer relativamente a bens de sociedade de economia mista, destinada a explorar, como agente da União, os serviços portuários do Rio de Janeiro, é que a eles fosse dado tratamento que a lei dá a bens de empresa concessionária de serviço público. O fato de ser pessoa jurídica de direito privado, não tira à Cia. Docas do Rio de Janeiro o caráter de entidade prestadora de serviço público federal, reservado pela Constituição, ao regime de exclusividade; nem se faz necessário lembrar, ao demais, o fato de a sociedade de economia mista integrar a administração federal, Decreto-lei 200, art. 4º, II. Não seria sequer razoável que a recorrida, por ser sociedade de economia mista, tivesse tratamento inferior ao que tem empresa privada concessionária de serviço público federal. Igual conclusão haveria de chegar-se em favor da sociedade de economia mista, integrante da administração federal, Decreto-lei n. 200, art. 4º, quando os bens de empresa privada que depende de autorização para funcionar, ou está sujeito à fiscalização, só são desapropriáveis mediante autorização formal do Presidente da República, Decreto-Lei n. 856 - 1969.[...] Em verdade, os §§ 1º e 2º do art. 173 da Constituição nada têm a ver com desapropriabilidade dos bens das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Seu endereço é outro e em nada interfere com o poder de desapropriação da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município. [...] Destarte, por mais que se conceda, não há como se possa admitir seja regular e legal a desapropriação decretada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro de bem pertencente à Cia. Docas do Rio de Janeiro, localizada no cais daquela capital. Em verdade, não me parece que o §1º do art. 173 da Constituição, legitime, ainda que em tese, a desapropriação de bens pertencentes a empresas públicas e sociedade de economia mista; nem ele abrange toda empresa pública e toda sociedade de economia mista; seu alcance é outro; supõe, obviamente, sociedade de economia mista ou empresa pública que exerça atividade econômica em regime de concorrência, a fim de não beneficiar-se de privilégio em relação a empresas privadas concorrentes, que se dedicam a atividade na mesma área econômica, CELSO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, Comentários à Constituição do Brasil, 1990, VII, p. 84; é o que se lê no § 2º do mesmo artigo, "as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado". Vê-se claramente visto, ele não se destina a atingir sociedade de economia mista ou empresa pública que, embora exercendo atividade econômica, não o faz em regime de concorrência, como a impetrante e recorrida, que desempenha serviço público federal, em regime de exclusividade, insuscetível de ser explorado por particular; aqui, a Cia. Docas do Rio de Janeiro faz as vezes da União da qual é a *longa manus*. Daí o magistério de EROS ROBERTO GRAU: "o preceito, à toda evidência, não alcança empresa pública, sociedade de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público", A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 1991, n. 54, p. 140. A espécie nada tem a ver com o disposto no art. 173 da Constituição, mas com a norma do § 2º do art. 2º do Decreto-lei 3365, que regula a desapropriação[...] Em verdade, não tem sentido sujeitar a sociedade de economia mista que desempenha serviço público, em regime de exclusividade, aos preceitos dos §§ 1º e 2º, do art. 173, da Constituição, endereçados às entidades mencionadas que exerçam atividade econômica em

regime de concorrência, exatamente para que se não beneficiem de vantagens que as empresas privadas que atuam na mesma área não têm; configurar-se-ia tratamento desigual a comprometer a livre concorrência, que se quer preservar.

O Ministro Ilmar Galvão, ao proferir seu voto, entendeu que:

À matéria não tem, a meu ver, aplicação a norma do art. 173, § 3º, da Constituição, que regula o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. A questão diz com o princípio federativo.[...] Está implícito que a União poderá desapropriar bens dos Estados, dos Municípios e das empresas por estes instituídas para desempenho de serviço de interesse público ou, então, para efeito de delegação de serviço público, mas o inverso não é possível. Ou seja, o Estado, do mesmo modo que não poderá desapropriar bens da União, não poderá fazê-lo em relação a essas empresas concessionárias ou delegatárias de serviço e função pública. Do contrário, poderia se dar o seguinte: a União desapropriaria um imóvel, um bem, em favor de uma dessas empresas, ou a própria empresa desapropriaria com o decreto do Presidente da República e o Estado, em represália, faria a desapropriação em sentido contrário, voltando tudo ao *statu quo ante*. É claro que atitude dessa ordem contraria o princípio federativo, que, na verdade, está no cerne dessa questão, e não propriamente o art. 173, § 3º.

Por sua vez, o Ministro Carlos Velloso sustentou que:

é possível a distinção entre empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica daquelas outras empresas públicas ou sociedades de economia mista que não exploram atividades econômica, mas que executam serviços públicos.[...] Todavia, Sr. Presidente, se é possível fazer a distinção, é também possível a afirmativa no sentido que às empresas públicas, ou sociedade de economia mista, que executam serviços públicos, não se aplica a regra inscrita no § 1º do art. 173 da Constituição. E, no caso, temos de reconhecer que a sociedade de economia mista recorrida executa serviço público federal (CF, art. 21, inc. XII, alinea f). Então, parece-me razoável, parece-me possível sustentar que, no caso, é também possível distinguir aqueles bens da sociedade de economia mista, que estão comprometidos com a realização imediata de uma necessidade pública, daqueles outros bens que não estão comprometidos imediatamente com a realização de uma necessidade pública.[...] Não há falar, no federalismo brasileiro, em entidades maiores ou menores: União, Estados e Municípios laboram em áreas próprias de competência, sem nenhuma relação de subordinação de umas a outras. Apenas em caráter excepcional, naqueles casos em que é possível a legislação supletiva, ou na legislação concorrente, é possível falar-se num federalismo vertical. A regra, entretanto, volto a repetir, é a do federalismo horizontal. No caso, ficou assentado, expressamente, que o bem objeto da desapropriação destina-se a uma atividade essencial da

sociedade de economia mista.[...] se o bem destina-se à ampliação da sociedade de economia mista, que executa serviço público federal, e está localizado, como bem esclareceu o eminente Ministro Relator, na zona portuária, destina-se a uma atividade essencial da sociedade de economia mista; assim vinculado, ontologicamente, ao serviço público federal.

### Para o Ministro Sepúlveda Pertence,

A questão, a meu ver, nem está em ser a recorrida uma sociedade de economia mista, mas em ser uma prestadora de serviço público federal, por delegação. Ora, às empresas de serviço público, sejam ou não sociedades de economia mista, não se aplica o art. 173, § 1º, que diz respeito, como demonstrou com precisão o voto do Ministro Carlos Velloso, às empresas estatais de exploração da atividade econômica em regime de livre concorrência. Isso posto, o que resta saber é se o bem expropriado estava, ou não, afetado à prestação desse serviço público. Estou, também aqui, em que tem razão o voto do eminente Relator. Pouco importa que se tratasse de imóvel que não estivesse, naquele momento, ocupado pelas instalações portuárias, se se tem por certo que se destinava à sua ampliação.

Em sentido contrário, o Ministro Marco Aurélio, ao proferir voto vencido, asseverou que:

Não posso conceber que os bens que integram o patrimônio das sociedades de economia mista sejam bens públicos. Assim procedo a partir da própria natureza jurídica das sociedades de economia mista - pessoas jurídicas de direito privado - e também com base no que se contém quanto à satisfação dos débitos das pessoas jurídicas de direito público. A execução imprópria, que não é comum, a execução prevista e disciplinada no artigo 100 da Lei Básica Federal apenas tem pertinência relativamente às Fazendas Públicas, nos três patamares em que elas se situam.[...] as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas e, portanto, os respectivos bens estão submetidos à desapropriação. [...] Creio que não estamos diante de situação que permita a evocação do verbete de n. 127 que integra a Súmula da jurisprudência desta Corte. O caso revela desapropriação intentada contra bem que não é público, e não contra serviço ou empresa e, por isso mesmo, tenho como procedente o inconformismo demonstrado pelo Estado do Rio de Janeiro. Com base na óptica de que a decisão do Superior Tribunal de Justiça distancia-se da norma inserta no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, conheço do extraordinário e o provejo para, reformando o acórdão proferido, restabelecer a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Como visto, a matéria é controvertida, todavia, entendemos que, quando a desapropriação incidir sobre bens pertencentes às entidades que integram a administração direta (autarquia e fundação pública), deve ser aplicado o mesmo tratamento dado às entidades federativas, sendo, inclusive, necessária a autorização legislativa mencionada no § 2º do art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941.

Caso a desapropriação incida sobre bens integrantes do patrimônio de pessoas administrativas com personalidade jurídica de direito privado, por exemplo, uma sociedade de economia mista, deve-se perquirir se o bem está sendo destinado ao oferecimento de utilidade pública. Se o for, é de se aplicar a regra prevista no § 2º do art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941. Não o sendo, o bem será considerado privado, para efeitos de desapropriação. Todavia, melhor seria, para o deslinde da questão, que a lei estabelecesse a aplicação do critério da supremacia do interesse de maior abrangência ou do que proporcionasse maior benefício coletivo.

É de se acrescentar que o § 3º do art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941 somente deverá ser aplicado quando se buscar desapropriar ações, cotas ou direitos representativos do capital de instituições e empresas que dependam de autorização do Governo Federal para funcionar e que estejam subordinadas à sua fiscalização, quando, então, para a desapropriação desses bens, será necessária prévia autorização do Presidente da República, por meio de decreto. Essa autorização se faz necessária porque, com a desapropriação de cotas, ações ou direitos representativos do capital, o Estado ou Município poderia assumir o controle de uma empresa até então controlada pela União, encontrando óbice na atual redação do § 2º do art. 2º do Dec.-lei n.

3.365/1941<sup>1399</sup>. Caso, porém, o objeto expropriatório seja um bem imóvel ou pertença à entidade que foi constituída e possa funcionar sem autorização do Governado Federal, não se fará necessária a autorização prévia ali prevista.

Quanto à possibilidade de as pessoas administrativas dotadas de personalidade jurídica de direito público (autarquias e as fundações públicas) promoverem a desapropriação de bens públicos, concordamos com Letícia Queiroz de Andrade<sup>1400</sup> de que deve ser dado o mesmo tratamento jurídico dado às desapropriações de bens públicos promovidas diretamente pelas entidades federativas às desapropriações promovidas pelas autarquias ou fundações de direito público que a elas estejam ligadas. Em relação às pessoas administrativas com personalidade jurídica de direito privado, não é de se lhes estender o mesmo tratamento aplicável às entidades federativas, simplesmente porque as pessoas administrativas de direito privado não possuem a competência para promover desapropriação, mas tão-somente para propor a correspondente ação judicial, conforme previsão do art. 3º do Decreto-lei n. 3.365/1941.

Relativamente à desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo, ela só se fará necessária, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo, conforme preceitua o § 1º do art. 2º do Decreto-lei 3.365/1941. Tal regra decorre da extensão do conceito de propriedade, que alcança até uma altura e profundidade que possam ser de utilidade para o proprietário.

Assim, se da simples passagem de fios telegráficos, telefônicos ou condutores de energia elétrica sobre determinado imóvel não

---

<sup>1399</sup> Nesse sentido o voto vencido proferido pelo Ministro Gomes de Barros, no RMS 1167/RJ, STJ, 1ª T., em que foi rel. o Min. Pedro Aciole, DJ 17-2-1992, p. 1356.

<sup>1400</sup> Op. cit., p. 129-130.

resultar prejuízo ou perigo para o proprietário, não poderá ele insurgir-se contra essa passagem, pois a tanto não vai o seu direito de propriedade. Entretanto, se, para a passagem desses fios, tiver de sujeitar-se à colocação de postes em sua propriedade, dever-se-á constituir servidão administrativa sobre o imóvel, indenizando-se o proprietário. Também não poderá opor-se à perfuração do solo para construção de um metrô, se disso não resultar prejuízo ou perigo a seu imóvel<sup>1401</sup>.

O espaço aéreo forma parte do território, uma porção compreendida em linhas perpendiculares para o alto indefinidamente, elevadas sobre os limites do território<sup>1402</sup>. O domínio público aéreo compreende o espaço atmosférico que se acha acima perpendicularmente ao território do Estado<sup>1403</sup>.

Cretella Júnior<sup>1404</sup> explica que o espaço aéreo não se confunde com o ar, sendo o espaço aéreo o continente e o ar o conteúdo. O ar é elemento etéreo, móvel e fluido. O espaço aéreo, ao contrário, bem definido, suscetível de ser limitado, fixo e constante, admite a apropriação. O espaço aéreo constitui uma dependência do domínio público, suscetível de servir para diversos usos ou atividades. O solo é a área sobre a qual se edificam construções ou plantações. O subsolo é o que fica debaixo do solo.

Cretella Júnior<sup>1405</sup> observa, mais, que o Estado tem o direito de utilizar as camadas profundas do solo e também o espaço aéreo, que sejam inúteis ao proprietário. A desapropriação, entretanto, só tem lugar, em se tratando de subsolo e do espaço atmosférico, excepcionalmente. É necessário

---

<sup>1401</sup> Cf. Moraes Salles, op. cit., p. 130.

<sup>1402</sup> Cf. Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 5. ed., 1955, v. 1, p. 145. *Apud* Cretella Júnior, op. cit., p. 56.

<sup>1403</sup> Cf. Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1935, p. 437. *Apud* Cretella Júnior, idem, ibidem.

<sup>1404</sup> Op. cit., p. 56 e 59.

<sup>1405</sup> Op. cit., p. 59.

que o uso desses elementos prejudique a utilização do imóvel correspondente, para que se torne efetiva a desapropriação.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>1406</sup>, as áreas de jazidas com autorização, concessão ou licenciamento de pesquisa ou lavra não podem ser desapropriadas pelas entidades menores, para dar-lhes outra destinação, sem prévia e expressa concordância da União, porque isto importaria suprimir a atividade minerária, cuja ordenação é da exclusiva competência federal. Sustenta que a desapropriação de jazida ou da área que a envolve, pelo Estado-membro, para dar-lhe outra destinação importaria impedir a exploração concedida pela União. Estaria, assim, o governo estadual cassando, por via oblíqua, o ato de concessão de lavra expedido pelo Governo federal, numa inversão inaceitável da hierarquia federativa.

Moraes Salles<sup>1407</sup> concorda que as áreas de jazidas com autorização, concessão ou licenciamento de pesquisa ou lavra não podem ser desapropriadas pelas entidades políticas menores, com o objetivo de lhes dar outra destinação, sem que haja prévia e expressa concordância da União, porque isso implicaria em verdadeira "cassação", por via oblíqua, do ato de autorização de pesquisa ou de concessão de lavra baixado pelo Governo Federal, com total inversão da hierarquia federativa. Daí entender que a desapropriação poderá aplicar-se, em determinados casos, quando o proprietário, nos termos do Código de Minas, tenha manifestado a existência de jazidas em suas terras, mantendo, assim, titularidade sobre elas.

---

<sup>1406</sup> Op. cit., p. 509.

<sup>1407</sup> Op. cit., p. 128-129.



As margens dos rios navegáveis, por serem bens da União, de uso comum, não insuscetíveis de expropriação. Nesse sentido é a orientação da Súmula 479 do Supremo Tribunal Federal.

### **3.2.8 - Objeto certo e desapropriação extensiva (ou por zona)**

Por outro lado, como bem adverte Cretella Júnior<sup>1408</sup>, o procedimento expropriatório tem objeto certo, preciso, definido, delimitado, demarcado, circunscrito, daí se afirmar, em linguagem técnica, que a desapropriação tem por objetivo coisa certa. O Estado desapropria exatamente aquilo de que precisa.

Todavia, pode ocorrer de o procedimento expropriatório se estender além do objeto visado, atingindo, no caso de imóveis, outros situados em zonas contíguas ou limítrofes ao do imóvel expropriando.

É chamado de desapropriação extensiva ou desapropriação por zona o procedimento expropriatório que abrange, além do imóvel necessário, útil ou de interesse social, a faixa territorial adjacente ou contígua. Fundamenta-se ou na necessidade dessa zona contígua para melhoria e aperfeiçoamento do serviço, ou na supervalorização dessa zona contígua em consequência da desapropriação da zona necessária<sup>1409</sup>.

A doutrina francesa define a desapropriação por zona como toda extensão da desapropriação a imóveis situados fora do perímetro das obras projetadas, mas contidos no perímetro afetado pela operação de natureza viária,

---

<sup>1408</sup> *Comentários às leis de desapropriação* (Decreto-lei 3.365/1941 e Lei 4.132/1962). São Paulo: Bushatsky, 1972, p. 81.

<sup>1409</sup> Cf. José Cretella Júnior, op. cit., p. 83-84.

com todas as conseqüências de salubridade pública, de estética e de mais valia<sup>1410</sup>.

Entre nós, está prevista no art. 4º do Decreto-lei n. 3.365/1941, segundo o qual a desapropriação poderá abranger área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizem extraordinariamente em conseqüência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

Ressalta Kiyoshi Harada<sup>1411</sup> que a lei que aprova determinado melhoramento público não obriga o Executivo a implantá-lo, e que poderá escolher o melhor momento de sua execução parcial ou total de acordo com os princípios de conveniência e oportunidade. Por isso, entende que o Poder Público pode promover a desapropriação de todo perímetro abrangido pelo melhoramento, mesmo que ausente um cronograma total de obras, com o fito de não onerar demasiadamente o Poder Público com futuras desapropriações de áreas valorizadas pela implantação parcial do melhoramento. Concluindo que a área contígua nada mais é do que aquela abrangida pela lei que aprovou o melhoramento público, e que não se confunde com aquela destinada à revenda.

Cretella Júnior<sup>1412</sup> identifica que área contígua é a porção limítrofe de terreno, edificada ou não, cuja extensão seja considerada indispensável para o perfeito desenvolvimento e realização da obra. E que a área valorizada é a porção limítrofe de terreno, edificada ou não, cuja extensão passe

---

<sup>1410</sup> Cf. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, 11. ed., 1927, p. 730. *Apud* Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 85.

<sup>1411</sup> *Desapropriação: doutrina e prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 85-86.

<sup>1412</sup> *Op. cit.*, p. 87-89.

a atingir valor excessivamente alto como consequência direta da importância da obra pública realizada. Valorização extraordinária é a valorização excepcional do preço dos terrenos contíguos, que há de ser futura.

Portanto, apesar de, em regra, a desapropriação só atingir o bem indispensável à execução da obra pública exigida, segundo o Dec.-lei n. 3.365/1941, poderá também abranger área contígua, necessária ao desenvolvimento da obra ou que venha a ser supervalorizada em decorrência das obras realizadas.

Exemplo do primeiro caso é a construção de um porto. O Poder Público terá necessidade de expropriar áreas que irão servir diretamente a essa construção, como as que se compreendam na faixa do futuro cais. Além dessas, outras áreas, contíguas à primeira, poderão ter significativo interesse para a Administração, pela utilidade que se presume venham a ter na complementação da obra a ser realizada, tais como as necessárias para instalação de armazéns para o recolhimento das mercadorias desembarcadas, para os serviços de fiscalização alfandegária que precisam ficar situados em áreas que se aproximem tanto quanto possível dos locais de desembarque. Essas áreas, conquanto não sejam indispensáveis à construção do porto propriamente dito, são necessárias à sua complementação. Eis por que, em tais casos, a lei autoriza o desapropriante a declarar de utilidade pública as áreas contíguas àquelas necessárias a obra ou serviço propriamente ditos.

O segundo caso de desapropriação por zona consiste na ampliação da expropriação às áreas que se valorizem extraordinariamente em consequência da realização da obra ou do serviço público. Tais áreas, segundo a

previsão legal vigente, podem ser vendidas a terceiros, para obtenção de recursos financeiros.

Em qualquer caso, conforme determina o art. 4º do Decreto-lei n. 3.365/1941, a declaração de utilidade pública deverá especificar a área que, em tal desapropriação, será utilizada na obra ou serviço e qual a que se destina a revenda, porque se valorizará extraordinariamente, ou para ulterior desenvolvimento da obra<sup>1413</sup>.

Considera Cretella Júnior<sup>1414</sup> que a desapropriação por zona constitui processo excepcional de financiamento, que só em raros casos pode ser eficazmente aplicado, e que, do ponto de vista fiscal, é injusto e desigual, defendendo que melhor é estabelecer a taxa de valorização sobre a área que será oportunamente delimitada, o que gerará renda apreciável, como também lançará as bases de nova política fiscal, que deverá consistir num regime de cobrança permanente de contribuição de melhoria, toda vez que a Municipalidade realize obras ou melhoramentos que determinem a valorização das propriedades vizinhas.

Na opinião de Geraldo Ataliba<sup>1415</sup>, a desapropriação por zona é uma alternativa à cobrança da contribuição de melhoria, cabendo ao Poder Público fazer a opção. Considera que a omissão da contribuição de melhoria da Carta Política de 1937 não implicou em eliminação do tributo, já que, como estava prevista no art. 124 da Constituição Federal de 1934, teria subsistido como subespécie de taxa.

---

<sup>1413</sup> Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 823.

<sup>1414</sup> Citando Bilac Pinto, op. cit., p. 41.

<sup>1415</sup> *Natureza jurídica da contribuição de melhoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 70. *Apud* Kiyoshi Harada, op. cit., p. 89.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1416</sup> reputa inconstitucional a previsão legal de desapropriação quando destinada à revenda das áreas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da obra, já que a própria Constituição Federal prevê a contribuição de melhoria (art. 145, III), concebida para captar a valorização obtida à custa de obra pública, não podendo o Poder Público valer-se de outro meio que imponha ao administrado gravames maiores (a perda da propriedade) que os necessários para alcançar o fim que lhe serve de justificativa (recolher a valorização extraordinária).

Para Kiyoshi Harada<sup>1417</sup>, esse tipo de desapropriação para fins de revenda tornou-se inconstitucional a partir do advento da Carta Constitucional de 1946, já que a desapropriação não pode ser utilizada fora das hipóteses constitucionais previstas sob pena de ferir os direitos e garantias individuais; que desapropriar área, que vai valorizar-se com a execução de obra pública, para ulterior revenda não parece atender ao interesse público, e sim propósito lucrativo, ainda que com a finalidade de se ressarcir das despesas feitas com a obra pública.

Acrescenta que a Constituição da República de 1988, em seu art. 173, só permite a exploração de atividade econômica pelo Estado quando necessária a imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, e que a desapropriação por zona para fins de revenda não constitui hipótese excepcional. Que as obras públicas, assim como as próprias desapropriações, devem ser processadas pelo regime da despesa pública, ou seja, mediante prévia autorização legislativa com a fixação de respectivas despesas na lei orçamentária anual (arts. 165, § 8º, e 167, I, II, V, VI e VII, da CF), que, por sua vez, têm sua fonte nas receitas públicas, e compostas de receita tributária, de receita creditícia

---

<sup>1416</sup> Op. cit., p. 823.

<sup>1417</sup> Op. cit., p. 92.

e de receita originária, esta auferida no desempenho de suas atividades econômicas nos estritos limites constitucionais. Daí, não poder o Estado gerar receitas originárias extrapolando os limite constitucionais do art. 173, ainda que para financiar execução de obras de indiscutível interesse público<sup>1418</sup>.

Conclui que a Constituição Federal, ao cometer às entidades componentes da Federação os encargos específicos, outorgou-lhes os instrumentos necessários ao cumprimento de cada uma das missões, não permitindo, porém, o uso de um instrumento pelo outro, por implicar desvio de poder, daí ser de manifesta inconstitucionalidade o art. 4º do Decreto-lei nº 3.365/1941, na parte em que faculta a desapropriação por zona para fins de revenda<sup>1419</sup>.

Partilhamos o entendimento de que, quando a obra imprimida no bem desapropriado for capaz de acarretar uma valorização extraordinária em áreas contíguas, o Poder Público deve valer-se da contribuição de melhoria prevista no inc. III do art. 145 da Constituição Federal, tributo que pode ser instituído em decorrência da edificação de obras públicas. É que o instituto da desapropriação não pode ser aplicado fora das hipóteses constitucionalmente autorizadas (inc. XXIV, art. 5º, CF). O art. 4º do Dec.-lei n. 3.365/1941, na parte em que permite a revenda da área que se valorizou extraordinariamente em consequência de obra pública imprimida, ao que nos parece, não foi recepcionada pela atual Constituição Federal.

---

<sup>1418</sup> Quanto às empresas públicas ou sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, aduz que elas se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (§§ 1º e 2º do art. 173). Op. cit., p. 92-93.

<sup>1419</sup> Idem, p. 93-94.

### 3.3 - Da declaração de utilidade pública

A declaração de utilidade pública é o ato por meio do qual o Poder Público manifesta sua intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória<sup>1420</sup>; é a manifestação da vontade do Estado de anunciar, publicamente, a desapropriação<sup>1421</sup>; é a exteriorização da vontade da Administração Pública de deflagrar o procedimento expropriatório, ou seja, de exercer o poder de desapropriar<sup>1422</sup>; é um ato declaratório, no qual a Administração diz o que e para que pretende desapropriar, deixando, apenas, implícito que poderá exercer o direito formativo extintivo<sup>1423</sup>.

Inexistindo a declaração de utilidade pública, não se inicia a desapropriação. Daí afirmar Mário Roberto N. Velloso<sup>1424</sup> que, sem decreto, o eventual pagamento da indenização pelo desapropriante constituirá autêntica compra e venda, e, como consequência, a relação jurídica entre Poder Público e particular dar-se-á segundo as regras da compra e venda civil. Se inexistirem decreto e também indenização por iniciativa do Estado, mas com imissão na posse pura e simples, estará caracterizada a ocupação administrativa, cabendo,

---

<sup>1420</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 812.

<sup>1421</sup> Cf. Cretella Júnior, op. cit., p. 50.

<sup>1422</sup> Cf. Kiyoshi Harada, op. cit., p. 78.

<sup>1423</sup> Cf. Neyde Falco Pires Correia, in Declaração de utilidade pública e suas consequências. Revista de Direito Administrativo, v. 49-50, p. 50.

<sup>1424</sup> Op. cit., p. 6. No mesmo sentido afirma Cretella Júnior que no sistema jurídico brasileiro, regra geral, a declaração é feita pelo Poder Executivo. Sem o instrumento declaratório, não se perfaz a *figura iuris* da desapropriação, porque, se, por exemplo, há acordo entre expropriante e expropriado sem anterior declaração, a figura é outra - compra e venda, troca, permuta, doação -, jamais desapropriação. Sem o decreto, mesmo havendo lei, não há ainda a declaração expropriatória. O decreto pode depender de lei anterior, mas é lei de autorização, que se completa depois com o decreto, fundindo-se ambas as expressões volitivas do poder público em ato administrativo único - ato complexo -, aperfeiçoado pelo pronunciamento de duas vontades diversas, a vontade do Poder Legislativo e a vontade do Poder Executivo. Salienta que a declaração expropriatória é da competência exclusiva do Poder Executivo, nas várias esferas em que se desdobra o aparelhamento administrativo brasileiro, a saber, a federal, a estadual, a municipal. Parecer publicado in Revista Forense, v. 249, p. 114.

então, ao particular tomar a iniciativa de demandar por meio da ação de desapropriação indireta.

Segundo a Lei de Expropriação mexicana é, também, com a prévia declaração do Executivo Federal que se instaura a expropriação (art. 2º). Tal declaração é feita mediante decreto, que deve ser publicado no Diário Oficial, notificando-se pessoalmente os interessados (art. 4º). A Lei de Expropriação Forçada espanhola estabelece que para proceder à expropriação é indispensável a prévia declaração de utilidade pública ou interesse social da finalidade que há de afetar o objeto expropriado (art. 9º).

Para Neyde Falco Pires Correa<sup>1425</sup>, a fase declaratória da desapropriação tem início com a expedição de ato do Poder Público, por meio de lei ou decreto, no qual é indicado o bem a ser desapropriado, bem como especificada sua destinação, que pode ser para utilidade ou necessidade pública, ou no interesse social. Já a segunda fase se inicia com a adoção, pelo Poder Público, de providências concretas visando à efetivação da vontade consubstanciada no ato declaratório.

A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, governador, interventor ou prefeito (art. 6º do Dec.-lei n. 3.365/1941). Mesmo sendo a declaração de desapropriação ato típico do

---

<sup>1425</sup> Op. cit., p.49-50. Também para José dos Santos Carvalho Filho, na fase declaratória, o Poder Público manifesta sua vontade na futura desapropriação; na fase executória, adotam-se as providências para consumir a transferência do bem. Op. cit., p. 682. Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que a desapropriação desenvolve-se por meio de uma sucessão de atos definidos em lei e que culminam com a incorporação do bem ao patrimônio público, compreendendo duas fases: a fase declaratória, na qual o Poder Público declara a utilidade pública ou o interesse social do bem para fins de desapropriação; e a fase executória que abrange uma fase administrativa e uma judicial, compreendendo os atos pelos quais o Poder Público promove a desapropriação, pela integração do bem no patrimônio público. Op. cit., p. 174 e 177.



Poder Executivo<sup>1426</sup>, previu o art. 8º do Decreto-lei 3.365/1941 a possibilidade de o Poder Legislativo tomar a iniciativa da desapropriação, cabendo ao Poder Executivo praticar os atos necessários à sua efetivação.

Para os casos de desapropriação de bens particulares basta a simples vontade do Poder Executivo, concretizada por decreto, para que se aperfeiçoe o ato administrativo declaratório. Na hipótese de a desapropriação recair sobre bens públicos, a declaração deverá ser precedida de autorização legislativa (art. 2º, § 2º, do Dec.-lei n. 3.365/1941). Se a desapropriação tiver por objeto 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, a desapropriação pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios dependerá, também, de autorização do Presidente da República (art. 2º, § 3º).

Para Miguel Reale<sup>1427</sup>, em matéria de desapropriação, o Direito pátrio não se filiou ao sistema anglo-americano de tendência prevalentemente legislativa, nem ao sistema hispano-bávaro, de natureza francamente executiva, mas, sim, ao sistema franco-italiano, ou sistema misto, segundo o qual o ato de declaração de utilidade pública cabe, em regra, ao Executivo, sendo exigível a anuência prévia do Legislativo em determinados casos e circunstâncias. Acrescenta que, consoante a lei vigente, foi assegurada também ao Legislativo a iniciativa da desapropriação, sendo imprescindível o seu pronunciamento prévio quando o ato objetivar bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios (Decreto-lei n. 3.365, art. 2º, § 2º).

---

<sup>1426</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles é ato tipicamente administrativo, por isso é mais próprio do Executivo, que é o Poder administrador por excelência. Nesse sentido, cita STF, RDA 39/205; 1º TAcivSP, RDA 101/202; TJSP, RT 670/65. Op. cit., p. 518.

<sup>1427</sup> Op. cit., p. 326.

Kiyoshi Harada<sup>1428</sup> observa que o Legislativo pode proceder à declaração de utilidade pública; e que o ato do Poder Legislativo nesse sentido não pode ser tido como ofensivo ao princípio da harmonia e independência dos Poderes. Ressalta, contudo, que o Legislativo não dispõe de infra-estrutura material e pessoal para promover a desapropriação, nem de recursos financeiros necessários. Por isso, a lei remete ao Executivo a prática dos atos necessários à efetiva desapropriação. Defende que se o Executivo não é obrigado a promover efetivamente a desapropriação de determinado bem que ele próprio declarou de utilidade pública, o mesmo comportamento omissivo pode ser manifestado em relação ao bem assim declarado por ato do Poder Legislativo, que nesse particular não tem qualquer ascendência. Afirma ser inócua a faculdade do art. 8º, valendo o ato declaratório editado pelo Legislativo como mera recomendação ou indicação ao Chefe do Poder Executivo.

Já para Seabra Fagundes<sup>1429</sup>, quando a declaração for feita pelo Poder Legislativo, cumpre ao Executivo, ciente dela pelas vias legais, promover os atos ulteriores, isto é, dar-lhe execução prática: levantar os planos e plantas, articular-se com o proprietário, ir a juízo quando não houver um acordo, etc.

Nesse sentido, também entendemos que, quando o Poder Legislativo emitir a declaração, o Poder Executivo não poderá deixar de promover a execução da desapropriação, sob pena de tornar-se inócua a autorização prevista no art. 8º do Dec.-lei n. 3.365/1941.

É de se ressaltar que a Lei n. 9.074, de 7-7-1995, em seu art. 10, com a redação dada pela Lei 9.648, de 27-5-1998, atribuiu à Agência

---

<sup>1428</sup> Op. cit., p. 79.

<sup>1429</sup> Op. cit., p. 148.

Nacional de Energia Elétrica - ANEEL- competência para expedi-la, no que concerne às áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de serviços de energia elétrica<sup>1430</sup>.

Ao antigo DNER foi facultada à possibilidade de emitir a declaração expropriatória por força do Decreto-lei 512, de 21-3-1969. Nesses casos, outro ato administrativo, que não o decreto, será o que conterà a declaração, sendo que a sua denominação dependerá do estatuto legal da entidade<sup>1431</sup>.

Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o art. 102-A, da Lei n. 10.233, de 5-6-2001, que criou a ANTAQ<sup>1432</sup> e previu a extinção do DNER depois da instalação da ANTT<sup>1433</sup> e da ANTAQ, não conferiu atribuição equivalente a nenhuma delas<sup>1434</sup>. Todavia a referida Lei n. 10.233, de 5-6-2001, no art. 82, ao enumerar as atribuições do DNIT em sua esfera de atuação, expressamente, no inc. IX, permitiu a declaração de utilidade pública de bens e propriedades a serem desapropriados para implantação do Sistema Federal de Viação.

O instrumento mais apropriado, segundo a doutrina brasileira, para veicular a declaração é o decreto, por tratar-se de ato tipicamente administrativo<sup>1435</sup>.

---

<sup>1430</sup> Observa Celso Antônio Bandeira de Mello que nem sempre serviços de energia elétrica autorizados são de interesse público, podendo sê-lo no interesse exclusivo do autorizado, daí, como a desapropriação só se faz em favor de um interesse público, segue-se que não pode haver desapropriação no interesse exclusivo de autorizados, op. cit., p. 812.

<sup>1431</sup> Cf. José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 683-684.

<sup>1432</sup> Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

<sup>1433</sup> Agência Nacional de Transportes Terrestres.

<sup>1434</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 683-684.

<sup>1435</sup> Nesse sentido: Cretella Júnior, op. cit., p. 124; Neyde Falco Pires Correa, op. cit., p. 49; José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 683.

Decreto é a fórmula escrita mediante a qual, normalmente, o Poder Executivo manifesta sua vontade, quer tomando providências relativas a suas atribuições, quer pondo em vigor as normas que lhe compete editar. Expressão de vontade do Poder Executivo, é um ato que cria, modifica ou extingue direitos. Tem por objetivo colocar em execução uma disposição legal, estabelecer medidas gerais para cumprimento da lei, providenciar sobre matéria de ordem funcional, resolver sobre interesse da Administração, decidir sobre algum interesse de ordem privada que se prenda ao da Administração, criar, modificar, limitar ou ampliar uma situação jurídica<sup>1436</sup>.

Contudo, conforme observa Neyde Falco Pires Correa<sup>1437</sup>, caso a declaração seja veiculada por meio de lei, esta produzirá os mesmos efeitos do decreto, por ser lei específica, de caráter individual e com efeito concreto, não possuindo o caráter normativo das demais leis.

Hely Lopes Meirelles<sup>1438</sup> ressalta que a lei que declara a utilidade pública de um bem não é normativa; é específica e de caráter individual. É lei de efeito concreto equiparável ao ato administrativo, razão pela qual pode ser atacada e invalidada pelo Judiciário desde sua promulgação e independentemente de qualquer atividade de execução, porque ela já traz em si as conseqüências administrativas do decreto expropriatório.

O Código de Expropriação por Utilidade Pública francês estabelece que, nos casos previstos no art. R11-2<sup>1439</sup>, a declaração de utilidade

---

<sup>1436</sup> Cf. Porto Carreiro, *Lições*, 1918, p. 142-143. *Apud* Cretella Júnior, op. cit., p. 125/126.

<sup>1437</sup> Op. cit., p. 49.

<sup>1438</sup> Op. cit., p. 518.

<sup>1439</sup> Que são os seguintes: os trabalhos de criação de auto-estradas e estradas expressas; os trabalhos de criação de aeródromos de categoria "A"; os trabalhos de criação de canais de navegação de extensão superior a 5 kms, acessíveis aos navios com mais de 1.500 toneladas de porte pesado; os trabalhos de criação ou de prolongamento de linhas da rede férrea nacional de uma extensão superior a 20 quilômetros, excluindo os trabalhos de reforma e de realização de obras anexas na rede existente; os trabalhos de construção de canalizações de interesse geral

pública fazer-se-á por *décret*<sup>1440</sup>, após consulta ao Conselho de Estado. Em outros casos, que não os enumerados no art. R11-2. a utilidade pública será declarada: por *arrêté*<sup>1441</sup> do *préfet*<sup>1442</sup> do lugar dos imóveis que serão objeto da operação, quando se situar no território de um só departamento; ou por *arrêté* conjunto dos *préfets* interessados quando a operação for concernente a imóveis situados no território de vários departamentos. Contudo, será pronunciada por *arrêté* do Ministro responsável pelo projeto para as operações implementadas visando à instalação das administrações centrais, dos serviços centrais do Estado e dos serviços de competência nacional.

A lei não estabeleceu quais os requisitos que, obrigatoriamente, deveriam constar no decreto expropriatório. Todavia vem entendendo a doutrina que na declaração de utilidade pública devem constar: a manifestação pública da vontade de submeter o bem à força expropriatória; o

---

destinados ao transporte de hidrocarbonetos líquidos; os trabalhos de criação de centrais elétricas de uma potência igual ou superior a 100 megawatts, de usinas que utilizem a energia dos mares, bem como de hidroelétricas e de instalações ligadas à produção e ao desenvolvimento de energia nuclear; os trabalhos de transferência de água de bacia fluvial para bacia fluvial (fora das vias navegáveis) na qual o fluxo seja superior ou igual a um metro cúbico por segundo.

<sup>1440</sup> Ato administrativo francês expedido pelo Presidente da República ou pelo Primeiro-Ministro. Na ordem de hierarquia das normas, o *décret* é inferior à Constituição, aos Tratados, às leis e aos princípios gerais do direito, e superior aos *arrêtés*.

<sup>1441</sup> Ato administrativo sem correspondência exata no direito brasileiro, podendo ser comparado, grosso modo, à nossa Portaria. Trata-se de decisão executória de alcance geral ou individual expedido por um ou mais ministros ou por outras autoridades administrativas.

<sup>1442</sup> É de se observar que a organização administrativa francesa compreende três níveis: a Comuna, o Departamento e a Região, que são circunscrições administrativas do Estado e das coletividades autônomas descentralizadas (pessoa de direito público com competências próprias e certa autonomia ante ao poder central). A *Comuna* é a estrutura de base da organização administrativa francesa, correspondendo à Municipalidade. Tem como órgão deliberativo o Conselho Municipal e como autoridade executiva o *maire* (autoridade semelhante ao nosso prefeito). O *maire* é eleito pelo Conselho Municipal, acumulando duas ordens de competência, a de autoridade executiva comunal e a de representante do Estado no território da comuna. O *Departamento* é a coletividade territorial que engloba várias comunas. Tem como órgão deliberativo o Conselho Geral, e como autoridade executiva, o Presidente do Conselho Geral, eleito pelos conselheiros. O representante do Estado nos Departamentos é o *préfet*, que é nomeado pelo Governo Central. Entre as funções do *préfet*, destaca-se a de assegurar a legalidade dos atos administrativos, podendo enviar ao tribunal administrativo qualquer decisão que considere ser contrária à lei. A *Região* é a coletividade territorial francesa, cujo órgão deliberativo é o Conselho Regional e cuja autoridade executiva é o presidente, eleito pelo próprio Conselho. O representante do Estado nas regiões é o *préfet* de Região.

fundamento legal em que se embasa o poder expropriante; a destinação específica a ser dada ao bem; a identificação do bem a ser expropriado<sup>1443</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1444</sup> reforça que a declaração precisa individuar, identificando com precisão, o bem ou todos os bens nos quais o Poder Público tem interesse para fins expropriatórios; não o fazendo, a declaração é inválida e inapta a produzir qualquer efeito jurídico<sup>1445</sup>. Entende ser ainda necessário que a declaração deixe expresso o fim a que se destina a desapropriação, porque somente com essa referência será possível ao proprietário apurar se há, ou não, desvio de finalidade, e se a hipótese configura realmente um dos casos que a lei prevê como suscetíveis de ensejar a desapropriação. Diz que é para dar maior transparência ao ato.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1446</sup>, citando Rubens Limongi França, entende que o ato declaratório, seja lei ou decreto, deve indicar o sujeito passivo da desapropriação, a descrição do bem, a declaração de utilidade pública ou interesse social, a destinação específica a ser dada ao bem, o fundamento legal e os recursos orçamentários detinados ao atendimento da despesa.

Para Kiyoshi Harada<sup>1447</sup>, a declaração expropriatória deverá conter a descrição pormenorizada do bem objeto de desapropriação, a indicação do inciso legal em que se enquadra a desapropriação (art. 5º) e a destinação a ser dada ao bem desapropriando. Se se tratar de bem imóvel, é sempre conveniente

---

<sup>1443</sup> Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 813.

<sup>1444</sup> Op. cit., p. 682.

<sup>1445</sup> No mesmo sentido Moraes Salles ressalta que o decreto deve individuar com precisão o bem declarado de utilidade pública, a fim de que não haja dúvida sobre o objeto da expropriação. Se se tratar de bem imóvel, devem ser mencionados, com toda clareza, sua situação, limites e confrontações, bem como, se possível, o número da matrícula ou da transcrição no registro imobiliário competente. O nome do expropriando deve ser também referido. Op. cit., p. 102.

<sup>1446</sup> Op. cit., p. 174.

<sup>1447</sup> Op. cit., p. 78.

fazer-se acompanhar por uma planta. Deve, também, o ato expropriatório ser publicado em órgão oficial. A falta desses requisitos pode conduzir à invalidade do ato expropriatório pelo Judiciário, por provocação do interessado.

Sobre o assunto, os nossos Tribunais vêm se pronunciando no sentido de que: "Desapropriação. A publicação do decreto expropriatório em órgão particular de imprensa serve aos fins do art. da Lei de Desapropriações, desde que a municipalidade dele se vale usualmente para comunicar seus atos oficiais. De resto, tal comunicação demonstra-se mais efetiva que a publicação em órgão oficial do Estado, com menor penetração e com menor aceitação pelos leitores que o órgão municipal. O que importa é o fim visado e não o aspecto meramente formal"<sup>1448</sup>. "A declaração de utilidade pública que exonera a Fazenda Pública de indenizar as benfeitorias úteis é a que identifica o imóvel e o respectivo proprietário; não tem esse efeito aquela que descreve mal o imóvel e deixa de nominar quem no ofício imobiliário aparece como proprietário"<sup>1449</sup>. E, também, em sentido contrário que: "Atingida propriedade rural por decreto expropriatório sujeita-se seu proprietário à desapropriação, sendo dispiciendo que conste seu nome do decreto expropriando"<sup>1450</sup>. "Incabível a ampliação da largura da faixa desaproprianda, face aos expressos termos do decreto desapropriatório"<sup>1451</sup>. "A desapropriação se faz nos limites do decreto de declaração de utilidade pública e da petição inicial da ação respectiva. Não se indeniza maquinário e equipamentos constantes dos imóveis se não constaram do decreto e nem da petição inicial. Interpretação dos arts. 7º e 13 do Decreto-Lei 3.365/41. 2. Bens oferecidos deliberadamente à Administração não são

---

<sup>1448</sup> TJRS, 3ª CC, AI 35482, rel. Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, j. 11-6-1981, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1981, v. 2, T-7, p. 24-29.

<sup>1449</sup> STJ, 2ª T., REsp 79401/SP, v. u., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 13-10-1997, p. 51556.

<sup>1450</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AI 890121333-8/MG, rel. Nelson Gomes da Silva, DJ 21-5-1990, p. 10326.

<sup>1451</sup> STF, 1ª T., RE 89385/SP, v. u., rel. Min. Thompson Flores, DJ 30-5-1980, p. 3951.

indenizados, porque doados"<sup>1452</sup>. Não tendo ocorrido a desapropriação e sim, tão-somente, a declaração de utilidade pública, não pode a União Federal tomar o imóvel de quem tem o domínio e a posse<sup>1453</sup>.

Segundo o Código das Expropriações português, a declaração de utilidade pública deve obedecer aos requisitos definidos no seu Título II, independentemente da forma de que se revista. Prevê, ainda, que a declaração resultante genericamente da lei ou regulamento deve ser concretizada em ato administrativo que individualize os bens a expropriar, valendo esse ato como declaração de utilidade pública para os efeitos do referido diploma legal (art. 10º, 1 e 2).

Como bem adverte Hely Lopes Meirelles<sup>1454</sup>, os efeitos da declaração expropriatória não se confundem com os da desapropriação em si mesma. A declaração de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social é apenas o ato-condição que precede a efetivação de transferência do bem para o domínio do expropriante.

Tanto é assim que, mesmo após a declaração da desapropriação, o expropriado tem o direito subjetivo público de construir sobre terreno de sua propriedade. Preenchendo todos os requisitos exigidos nas leis e regulamentos para efeitos de licenciamento, o Poder Público é obrigado a deferir o pedido, não podendo eximir-se a pretexto de que pesa sobre o imóvel decreto

---

<sup>1452</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 19970100034021/RO, v. u., rel. des. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 6-3-2006, p. 131.

<sup>1453</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 19974200000447-7/RR, v. u., rel. des. Tourinho Neto, DJ 21-10-2005, p. 11.

<sup>1454</sup> Op. cit., p. 519. Também Cretella Júnior salienta que não se confundem os três momentos sucessivos e interligados do procedimento expropriatório: o legislativo, o declaratório e o executivo, afirmando que "declarar" não é "legislar", nem "promover". A declaração é a anunciação da vontade do Estado de expropriar o bem do particular. *In Revista Forense*, v. 249, p. 114.



expropriatório. Daí que, declarada a utilidade pública, o proprietário do terreno não fica impedido de nele construir<sup>1455</sup>.

Mário Roberto N. Velloso<sup>1456</sup> pondera que a declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, apenas prepara o terreno, cria condições objetivas de modo a permitir a desapropriação, não importando em transferência de domínio. E, como não há a transferência do domínio, informa que já se decidiu pelo descabimento de indenização pela desvalorização da propriedade, em virtude da edição do decreto expropriatório.

A expedição do decreto expropriatório não implica indisponibilidade do bem expropriando, não ficando o seu proprietário, pela edição de tal decreto, alijado em seu direito de propriedade - o já referido *jus utendi, fruendi et abutendi*. Pode o proprietário, em conseqüência, explorar o bem, construir nele ou mesmo aliená-lo<sup>1457</sup>.

De Lalleau<sup>1458</sup> também distinguiu que o decreto preliminar é simples ato preparatório, nada desapropria; apenas declara de utilidade pública um móvel ou imóvel; só indica as parcelas cuja aquisição amigável ou forçada é necessária e os motivos em que se funda sua designação. O domínio primitivo continua do proprietário; pode alienar e onerar seu bem. Assim, enquanto o

---

<sup>1455</sup> Cretella Júnior, op. cit., p. 58.

<sup>1456</sup> Cita os seguintes julgados: "Desapropriação. Declaração de utilidade pública. Decreto caduco. Desvalorização da propriedade. Ressarcimento pleiteado. Inadmissibilidade. Ação improcedente", RT 573/106; "Desapropriação. Indenização. Terreno urbano gravado por decreto expropriatório caduco pelo tempo, alvo de ocupação irregular por terceiros. Alegada culpa da administração pelos danos decorrentes. Inadmissibilidade. Não demonstrado nexu etiológico entre a conduta da ré e o resultado danoso. Hipótese, ademais, em que da expropriação não perdeu a autora o domínio e os direitos a ele inerentes, como é o de expulsar legalmente os invasores, ou de apresentar projeto de construção à prefeitura quando ocorrida a caducidade do decreto, ao invés de permanecer inerte", TJSP, AC 145.705/1/SP, rel. Villa da Costa, j. 26-6-91. Op. cit., p. 15-16.

<sup>1457</sup> Cf. Wanderley José Federighi, in op. cit., p. 24.

<sup>1458</sup> *Traité de l'Expropriation por cause d'Utilité Publique*, v. 3, p. 114. *Apud* Maria Isabel Pereira da Costa, A transferência do domínio do bem imóvel para o poder expropriante no processo judicial. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul -Ajuris, v. 47, p.147-148.

registro imobiliário estiver em nome do proprietário-expropriando, ele poderá alienar o imóvel objeto da declaração expropriatória.

Acrescenta Maria Isabel Pereira da Costa<sup>1459</sup> que essa alienação não terá efeito em relação ao poder expropriante, mas ao terceiro de boa-fé que negociou com o expropriado o negócio jurídico é válido, embora se resolva em perdas e danos a responsabilidade do expropriado, ou na sub-rogação do terceiro na indenização. Assim entende a autora, por não se exigir do comprador de bens imóveis outra coisa senão a observância da regularidade da transcrição no Registro de Imóveis. Afirma que não se conhece nenhum dispositivo legal que obrigue o comprador, antes de efetivar o negócio de compra e venda de imóveis, a se certificar da existência ou inexistência de decreto expropriatório, processo expropriatório, etc, sendo a única exigência a regularidade no Registro de Imóveis.

Ao decreto declaratório são atribuídos os seguintes efeitos: autorização implícita para que a autoridade administrativa penetre nos imóveis compreendidos na declaração (art. 7º); início do prazo de caducidade da própria declaração (art. 10); fixação do estado físico do bem, sobre o qual será calculado seu valor e arbitrada a indenização (art. 26); desobrigação, para o expropriante, do pagamento das benfeitorias voluptuárias, que ainda realizar o proprietário (art. 26, parágrafo único); desobrigação, para o expropriante, do pagamento das benfeitorias úteis que o proprietário venha a realizar, salvo se autorizadas por ele próprio (art. 26, parágrafo único); impossibilidade de deslocação da coisa expropriada para circunscrição territorial diferente daquela em que se deve efetuar a expropriação<sup>1460</sup>.

---

<sup>1459</sup> Op cit., p. 156.

<sup>1460</sup> Nesse sentido Seabra Fagundes, op. cit., p. 134; e, Neyde Falco Pires Correa, op. cit., p. 50-51. Celso Antônio Bandeira de Mello aponta os seguintes efeitos que decorrem da declaração de utilidade pública:

Após a declaração de utilidade pública, as autoridades administrativas podem ingressar nos prédios compreendidos na declaração. Em caso de oposição, o art. 7º do Dec.-lei n. 3.365/1941 autorizou o auxílio de força policial.

Já se decidiu que a penetração na área declarada de utilidade pública para efetuar levantamento é ato administrativo auto-executável, que prescinde de intervenção do Poder Judiciário, quando há oposição do proprietário<sup>1461</sup>.

Tal permissão visa possibilitar à Administração Pública um melhor conhecimento dos locais em que irão ser executadas as obras ou serviços que exigiram a desapropriação, aperfeiçoando, assim, os planos e plantas anteriormente formulados.

O direito de penetração não se confunde com a imissão provisória na posse. Explica Mário Roberto N. Velloso<sup>1462</sup> que a penetração se limita ao trânsito pelos imóveis, realização de levantamentos topográficos, estudo e amostragem de solos, atos avaliatórios e outros de identificação dos

---

submeter o bem à força expropriatória do Estado; fixar o estado do bem, isto é, de suas condições, melhoramentos, benfeitorias existentes; conferir ao Poder Público o direito de penetrar no bem a fim de fazer verificações e medições, desde que as autoridades administrativas atuem com moderação e sem excesso de poder; dar início ao prazo de caducidade da declaração. Op. cit., p. 813.

<sup>1461</sup> Cf. RJTJESP 106/27. Para Mário Roberto N. Velloso não é necessária a interposição de medida cautelar tendente a possibilitar o direito de penetração no imóvel declarado de utilidade pública. O poder de polícia inerente à atividade administrativa já seria o bastante para autorizar o ingresso à força. Não bastasse isso, a lei ainda fez questão de frisar ser possível o auxílio de força policial. Está mais que autorizado o emprego do poder de polícia, se necessário com o acompanhamento de tropa miliciana, independente de ordem ou processo judicial. Ao Judiciário cabe apenas apreciar *a posteriori* eventuais abusos nessa atividade, mas não autorizar previamente, por alvará ou mandado, algo que já está autorizado por lei. Op. cit., p. 12-13. Em sentido contrário Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem, embora o art. 7º do Dec.-lei n. 3.365/1941 não tenha previsto autorização judicial, é evidente que, em respeito ao princípio da inviolabilidade do domicílio, inserido no art. 5º, XI, da Constituição, se o proprietário não concordar com a entrada do expropriante em seu imóvel, terá que ser requerida autorização judicial, vedada a entrada compulsória. Menciona que a Lei Complementar n. 76/93, referente à desapropriação para reforma agrária, prevê a necessidade de autorização judicial, em consonância com o referido dispositivo constitucional. Op. cit., p. 176.

<sup>1462</sup> Op. cit., p. 10.

bens, mas de qualquer forma não se admite que isso venha a prejudicar a normal utilização do local pelos proprietários ou possuidores. Complementa, ainda, que:

A colocação de máquinas, tratores, escavadeiras e canteiros de obra por certo configura imissão provisória. Enquanto os atos do desapropriante situarem-se dentro dos limites de tolerância do *homo medius* não há imissão. O direito de penetrar nos imóveis deve estar fundamentado na sua real necessidade, e jamais servir como instrumento de provocação ao particular. A distinção entre direito de penetração e imissão provisória na posse nem sempre é clara, e caso a caso deve ser analisada. Existe um grande interesse nessa distinção, pois com a imissão na posse cessa para o expropriado o dever de pagar tributos. Para se imitar na posse o Estado deve fazer a oferta prévia.

Essa faculdade deve ser exercida, entretanto, com moderação, a fim de reduzir, tanto quanto possível, os incômodos ao expropriando. Caso dessa ação resulte qualquer prejuízo, ele deverá ser indenizado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Se o prejuízo decorrer do excesso ou abuso de poder, caberá indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal, de acordo com o previsto no art. 7º do Decreto-lei n. 3.365/1941. Se os danos forem causados por pessoa física ou jurídica, delegada do Poder Público (concessionários ou entidades paraestatais), o ressarcimento fundar-se-á no disposto no art. 186 c/c. art. 927 do Código Civil.

Mário Roberto N. Velloso<sup>1463</sup> distingue o direito de penetração da ocupação temporária, afirmando que:

A penetração é permitida nos limites do imóvel objeto da desapropriação, ou seja, dentro de sua área.[...] Diferente é a ocupação temporária, prevista no art. 36 do Decreto n. 3.365/41, que é a utilização de terrenos não edificadas vizinhos às obras. A ocupação temporária, que é indenizável - ao contrário da penetração - é portanto em terreno lindeiro ao da obra, e quando tal utilização se fizer necessária. Segundo o magistério de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, a ocupação temporária justifica-se 'diante de fato grave que motiva atuação administrativa e diante de necessidade súbita que exige pronta intervenção administrativa', suscetível, porém, a posterior

---

<sup>1463</sup> Op. cit., p. 13.

reparação indenizatória. Mais adiante, prossegue o autor citado afirmando que a continuidade da ocupação, por qualquer tempo, embora não traga prejuízos visíveis materiais, sempre gera resultados indenizatórios.

Com a publicação do decreto expropriatório, torna-se possível a desapropriação, mas não a torna obrigatória. É que, mesmo após a publicação do decreto, pode a Administração Pública renunciar ao projeto, revogar ou anular o decreto declaratório. Daí que o expropriando não tem o direito subjetivo de exigir do Estado a efetivação da desapropriação.

Por isso, estabeleceu-se um prazo de validade, após o qual, a declaração de utilidade pública caduca, ou seja, a declaração perde sua validade pelo decurso de tempo, caso o Poder Público não promova os atos concretos destinados a tornar efetiva a desapropriação.

Quando se tratar de desapropriação por utilidade pública, a caducidade da declaração expropriatória opera-se no prazo de cinco anos, como previsto no art. 10 do Decreto-lei n. 3.365/1941. No entanto, o prazo de caducidade aí previsto não é fatal, uma vez que, na parte final, o mesmo dispositivo determina que "decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração".

Em se tratando de desapropriação por interesse social, o expropriante tem o prazo de dois anos, a partir da declaração da desapropriação por interesse social, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado (art. 3º, Lei n. 4.132/1962)<sup>1464</sup>.

---

<sup>1464</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que, no caso de desapropriação por interesse social regida pela Lei n. 4.132/1962, o prazo de caducidade refere-se não apenas à efetivação da desapropriação, mas também às providências de aproveitamento do bem expropriado. Difere do Decreto-lei n. 3.365/1941, que nenhum prazo estabelece para utilização do bem expropriado. Além disso, o dispositivo não prevê um período de carência para

Para Mário Roberto N. Velloso<sup>1465</sup>, a contagem desses prazos é iniciada a partir da expedição do respectivo decreto - e não da publicação, como é usual na contagem de prazos - e tem seu termo final no despacho que determina a citação para a ação de desapropriação. E, segundo Hely Lopes Meirelles<sup>1466</sup>, só se considera iniciada a desapropriação com o acordo administrativo ou com a citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço provisoriamente estimado para o depósito.

Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda<sup>1467</sup> que não basta que o poder expropriante tenha iniciado conversações sobre o modo de se resolverem as divergências entre ele e o proprietário. É preciso que haja concluído o acordo, ou que haja promovido a citação do proprietário.

Realmente, só se considera iniciada a desapropriação com a efetivação do acordo administrativo, ou seja, com o pagamento do preço e assinatura pelas partes do termo de transmissão do domínio. Não havendo acordo, faz-se necessária a propositura da ação expropriatória. Ocorre que, nos termos do art. 263 do CPC, considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. Portanto, entendemos que em sendo a petição inicial da ação expropriatória despachada pelo juiz, ou, em havendo mais de uma vara na Comarca, com a distribuição da ação, dentro do prazo quinquenal, não ocorre a caducidade da declaração expropriatória.

---

a renovação da declaração. De acordo com decisão do STF, ocorre, no caso, a caducidade do direito (RDA 164/367). Op. cit., p. 176. Nesse sentido o STJ decidiu que: "Quando se tratar de desapropriação por interesse social, o expropriante detém o prazo de dois anos, contados da edição do ato expropriatório, para ajuizar a ação desapropriatória, bem como adotar medidas de aproveitamento do bem expropriado, a teor da previsão do art. 3º da Lei n. 4.132/62, sob pena de caducidade do decreto expropriatório e da consequente inviabilidade do feito", STJ, 1ª T., REsp 631543/MG, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 6-3-2006, p. 172.

<sup>1465</sup> Op. cit., p. 13.

<sup>1466</sup> Op. cit., p. 519.

<sup>1467</sup> *Tratado das ações*, op. cit., t. 4, p. 465-466.

No caso de ser intentada a ação judicial, há decisões no sentido de que o processo expropriatório se considera intentado na data da citação do expropriado e não da distribuição da petição inicial<sup>1468</sup>. "Não se fazendo a citação dos condôminos no prazo de vigência do decreto que declarou os bens de utilidade pública, verifica-se a caducidade"<sup>1469</sup>. Ocorre a caducidade do decreto expropriatório quando o Poder Público, embora tenha ingressado em juízo no lapso temporal prescrito no art. 10 do Dec.-lei n. 3.365/41, deixa de diligenciar e proceder à citação válida do expropriado no prazo legal<sup>1470</sup>. Mas, caso o expropriante tenha tomado as providências necessárias à citação válida do expropriando, antes de vencer o prazo de cinco anos fixado no art. 10 do Decreto-lei n. 3.365/1941, não se lhe poderá imputar responsabilidade pelo atraso que o cartório judicial ou o oficial de justiça causarem relativamente àquela diligência (§2º, do art. 219)<sup>1471</sup>.

Todavia, o melhor entendimento nos parece ser o que conclui que o simples ajuizamento da ação expropriatória faz com que o prazo de caducidade previsto no art. 10, do Decreto-lei n. 3.365, de 1941, deixe de fluir. A exigência de citação válida, para fins de produção de efeito quanto ao réu (art. 263, do CPC), somente tem aplicabilidade quando se tratar de prazo de prescrição e não de decadência, como sucede na espécie<sup>1472</sup>. "Em matéria de desapropriação, a simples protocolização da petição inicial obsta a caducidade do decreto expropriatório, independentemente da citação do expropriado"<sup>1473</sup>. "Tendo a ação de desapropriação sido intentada no prazo de cinco anos, contados do decreto de declaração de utilidade pública para fins de constituição

---

<sup>1468</sup> Nesse sentido, STF, *in* RDA 94/115; 1º TACivSP, *in* RT 455/176. Para Seabra Fagundes, o processo se diz intentado pelo simples ajuizamento da petição inicial, *op. cit.*, p. 177.

<sup>1469</sup> TJDF, 2ª T. Cível, AC 2550/DF, rel. Eduardo Ribeiro, DJU 11-9-1974, p. 6.646.

<sup>1470</sup> TJMG, 1ª CC, AC 1.0000.00.190307-9/000(1), rel. Páris Peixoto, DO 18-11-2000, s/p.

<sup>1471</sup> Nesse sentido JTJ 174/34 e 186/38.

<sup>1472</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AI 910107952-2/BA, v. u., rel. Fernando Gonçalves, DJ 2-9-1991, p. 20755.

<sup>1473</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 930120719-2/MA, v. u., rel. Nelson Gomes da Silva, DJ 14-4-1994, p. 15790.

de servidão administrativa, não há que se falar em caducidade, mormente quando a apelante somente adquiriu o imóvel após o ajuizamento da ação"<sup>1474</sup>. "A caducidade do decreto expropriatório, por utilidade pública, somente tem lugar se, dentro do prazo de cinco anos da data da sua publicação, a desapropriação não for efetivada, seja mediante acordo, seja mediante simples ajuizamento da petição inicial da ação judicial específica"<sup>1475</sup>. "Não há razão para vincular ao despacho inicial o momento interruptivo da prescrição, ou da decadência, pois, entregue a petição inicial em Juízo, o autor perde quase por completo o controle de sua tramitação e eventuais retardamentos desse despacho. Entendimento esse, que acabou por ser incorporado pelo legislador"<sup>1476</sup>. "A decadência não ocorre se o expropriante requer ao juízo a citação dentro do quinquênio"<sup>1477</sup>. "Se a demora na realização da citação não é atribuída com exclusividade ao expropriante, se para ela concorreram o precário funcionamento da Justiça Federal recém instalada e as dificuldades naturais da região, merece reforma a sentença que acolheu a preliminar de decadência e decretou a extinção do feito"<sup>1478</sup>. "Desapropriação. Decadência. Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência"<sup>1479</sup>.

---

<sup>1474</sup> TRF-2ª Reg., 7ª T. Esp., AC 19765101162069-3/RJ, v. u., rel. Liliane Roriz, DJU22-4-2005, p. 213.

<sup>1475</sup> TJMG, 3ª CC, AC 1.0000.00.189957-4/000(1), rel. Lucas Sávio de Vasconcelos Gomes, DO 1-12-2000, s/p. O TJMG entendeu, ainda, que: "Se entre a data da expedição do decreto expropriatório e o ajuizamento da ação de desapropriação pelo Poder Público não decorreu o prazo de cinco anos, previsto no art. 10 do Dec.-lei n. 3.365/41, resta afastada a alegação de caducidade daquele", 4ª CC, AC 1.0000.00.152724-1/000(1), rel. Bady Curi, DO 8-2-2000, s/p.

<sup>1476</sup> TJSP, AC 259479-2, v. u., rel. Oliveira Santos, DJ 19-5-1995, s/p. O TJSP também já decidiu que: "Desapropriação. Caducidade do decreto expropriatório. Inocorrência. Prazo de cinco anos expirado em decorrência de despacho do magistrado determinando a juntada de peças não essenciais. Hipótese em que a Fazenda tem promovido o regular andamento do processo não demonstrando qualquer desinteresse pela expropriatória". TJSP, 7ª Câmara de Férias de janeiro de 1996 de Direito Público, AC 271.701-2, v. u., rel. Celso Bonilha, DJ 21-2-1996, s/p.

<sup>1477</sup> TJRS, 3ª CC, AI 35482, rel. Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, j. 11-6-1981, Jurisprudência do TJRS, C-Civeis, 1981, v. 2, t. 7, p. 24-29.

<sup>1478</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 930117120-1/AP, v. u., rel. Selene Maria de Almeida, DJ 17-12-1998, p. 331.

<sup>1479</sup> TJRJ, 18ª CC, AC 200100122453, rel. des. Jorge Luiz Habib, DJ 28-2-2002, p. 277-278.



O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar questão afeta à ação de desapropriação, deixou claro que, nos termos assentados na Súmula n. 106, do STJ, proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência. No direito processual civil contemporâneo o impulso do processo é dever do juiz. Se a parte não contribuiu, por não cumprir ato fundamental para se iniciar a relação processual buscada, não pode ser penalizada com a decretação da prescrição ou decadência<sup>1480</sup>. Mas decidiu, também, que: "Opera-se a decadência prevista no art. 10 do Decreto-lei n. 3.365/41 se, aforada a ação desapropriatória ainda dentro do prazo de cinco anos do decreto expropriatório, a citação não tiver sido ordenada nem promovida nesse período por culpa exclusiva do autor, sem que a demora na citação possa ser imputável ao serviço judiciário, como consagrado no verbete n. 78 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos"<sup>1481</sup>.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto, já se manifestou no sentido de que: "Não se consuma a caducidade do decreto, quando, proposta a ação dentro do quinquênio, o retardamento da citação não resulta de ação ou omissão imputável ao autor"<sup>1482</sup>. "Havendo sido a ação de desapropriação proposta no termo peremptório fixado, a decadência fica excluída"<sup>1483</sup>. "Na ação de desapropriação basta citar o inventariante ou, em sua falta, o cônjuge, herdeiro ou legatário que esteja na posse do imóvel. 2) Feita esta citação no prazo de cinco anos, não há que falar em decadência pela citação ulterior de outros herdeiros"<sup>1484</sup>. "Cabe, na ação de desapropriação, exame de argüição de caducidade do decreto de desapropriação. Recurso extraordinário

---

<sup>1480</sup> STJ, REsp 60965-7, 1ª T., rel. Min. José Delgado, DJ 15-12-1997, p. 66217, e RSTJ, v. 104, p. 99.

<sup>1481</sup> STJ, REsp 72669/SP, 1ª T., rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 5-2-1996, p. 1365.

<sup>1482</sup> STF, 1ª T., RE 91274/RS, rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 19-9-1980, p. 7204.

<sup>1483</sup> STF, 2ª T., RE 26629/SP, v. u., rel. Min. Hahnemann Guimarães, DJ 22-5-1958, s/p.; RTJ, v. 5-1, p. 240.

<sup>1484</sup> STF, 2ª T., RE 47890, rel. Min. Victor Nunes, DJ 6-3-1963, s/p.; RTJ, v. 26-01, p. 310.

provido, a fim de que o juiz de primeira instância se pronuncie sobre essa arguição"<sup>1485</sup>.

Caducando o ato declaratório de utilidade pública, somente após decorrido um ano poderá o Poder Público que o declarou de utilidade pública, renovar a declaração do mesmo bem, conforme preceitua a parte final do art. 10 do Decreto-lei n. 3.365/1941.

Mário Roberto N. Velloso<sup>1486</sup> observa que, se o Poder Público não intentar a ação no prazo, deixando caducar o decreto, terá de esperar um ano, contado a partir da data da caducidade, para liberar esse mesmo bem para nova declaração. E, se mesmo com o decreto caduco for ajuizada a ação de desapropriação, esta estará fadada ao insucesso, por estar ausente uma das condições da ação, pois o pedido será juridicamente impossível pela caducidade do decreto, devendo o processo ser extinto sem resolução de mérito nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Seabra Fagundes<sup>1487</sup> é da opinião que o texto impeditivo de nova declaração durante um ano não está eivado de inconstitucionalidade, argumentando que:

Essa não é mais que uma dentre várias normas disciplinadoras do exercício do direito constitucional de expropriar. Nem importa, em contrário, o acarretar a suspensão temporária do exercício do direito.[...] Nem a vedação temporária a novo decreto expropriatório dá ensejo a irremediáveis danos aos serviços administrativos. Dificilmente se concebe esse ressurgir imperioso, inadiável, de um interesse público que, durante cinco anos contínuos, se não mostrou assim flagrante e essencial.

---

<sup>1485</sup> STF, 2ª T., RE 62001/GB, rel. Min. Eloy da Rocha, DJ 9-6-1972, s/ p.

<sup>1486</sup> Op. cit., p. 13-14.

<sup>1487</sup> Op. cit., p. 178-179.

Em sentido contrário é a opinião de Moraes Salles<sup>1488</sup>. Argumenta que a Constituição Federal assegura ao Poder Público o direito de desapropriar sempre que se verificarem os pressupostos a que alude (necessidade ou utilidade pública, ou, ainda, interesse social), não tendo fixado prazo para o exercício desse direito. Daí não ser possível à lei, seja esta complementar ou ordinária, cerceá-lo, ainda que por curto prazo, como o faz a parte final do art. 10 do Decreto-lei n. 3.365/1941, entendendo ser a vedação ali contida inconstitucional.

Mesmo assim, Moraes Salles<sup>1489</sup> ressalta, para os que consideram constitucional a parte final do art. 10 da Lei de Desapropriações, que o lapso de um ano ali previsto não impede que outro setor da Administração edite nova declaração no curso daquele prazo. Exemplifica que: se o ato declaratório atingido pela caducidade foi baixado pelo Poder Executivo Estadual, nada impede que o Presidente da República edite nova declaração de utilidade pública versando sobre o mesmo bem, ainda que no curso daquele prazo.

Afirma Seabra Fagundes<sup>1490</sup> que a caducidade obriga a Administração à indenização de prejuízos decorrentes do ato declaratório, desde que esses prejuízos sejam reais, já que ao Estado, que exorbitou ou usou mal do direito de expropriar, cabe indenizá-los.

Moraes Salles<sup>1491</sup> também entende que a caducidade da declaração demonstra que ou não havia a decantada utilidade pública, agindo, pois, levemente a Administração ou, embora havendo, procedeu o Poder

---

<sup>1488</sup> Op. cit., p. 249-251.

<sup>1489</sup> Op. cit., p. 251.

<sup>1490</sup> Op. cit., p. 179-180, também nesse sentido, JTJ 146/112.

<sup>1491</sup> Op. cit., p. 251.

Público com total desídia, fazendo pesar sobre a propriedade particular os ônus do "período suspeito", sem que se concretizasse a expropriação. Nessa hipótese, deve a pessoa jurídica de direito público, que editou a declaração, responder pelas perdas e danos causados ao proprietário prejudicado pelo ato declaratório.

Há decisões no sentido de que: "Administrativo. Direito de propriedade. Bem imóvel. Declaração de utilidade pública para fins de desapropriação. Decurso do prazo de 5 anos. Desapropriação não concretizada. Renovação do ato expropriatório antes de decorrido o prazo de um ano após a caducidade. Ato abusivo e ilegal. Artigo 10 Decreto-lei 3365/41. Segurança corretamente concedida. Ausência de confronto com norma constitucional. Improvimento do recurso. Administrativo e processo civil. Indenização por limitação administrativa. 1. Imóvel que não sofreu desapropriação por caducidade do decreto, mas permaneceu afetado por recusa ao Município em autorizar qualquer destino ao mesmo. 2. Efetivo prejuízo do proprietário que sofreu a estagnação do imóvel, insuscetível de negociação ou construção em razão de um futuro plano de urbanização"<sup>1492</sup>. "Proposta a desapropriação da área, e tendo o Tribunal decidido que o primeiro decreto expropriatório (no qual originalmente se fundou a desapropriação) havia caducado, a juntada de novo decreto expropriatório, nos mesmos autos, com nova citação", implica a continuidade de um processo que já deveria ter sido extinto<sup>1493</sup>.

O ato que declara a utilidade pública de um bem é um ato administrativo<sup>1494</sup>, já que consiste em uma declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, praticado com observância da Constituição

---

<sup>1492</sup> TJPR, 4ª C.C., AC e RN n. 0156229-6, v. u., rel. Dilmar Kessler, j. 15-9-2004. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&totalAcordaos=1&Historico=1>>. Acesso em 21-2-2006.

<sup>1493</sup> TJMG, 4ª CC, Agravo 1.0009.04.002162-9/001(1), rel. Carreira Machado, DO 11-8-2005, s/p.

<sup>1494</sup> Nesse sentido, entre outros, Cretella Júnior, Revista Forense, v. 249, p. 113, e José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 684.

Federal e do Decreto-lei n. 3.365/1941, visando à modificação de uma situação jurídica afeta à propriedade.

A doutrina define o ato administrativo, em sentido amplo, como a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional, e, em sentido estrito, como declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional<sup>1495</sup>; em sentido estrito é a norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário<sup>1496</sup>; a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário<sup>1497</sup>; a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público<sup>1498</sup>; toda manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, e cuja execução é capaz de produzir conseqüências jurídicas<sup>1499</sup>.

---

<sup>1495</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 358 e 360.

<sup>1496</sup> Lúcia Valle Figueiredo, op. cit., p. 162-163.

<sup>1497</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro, op. cit., p. 206.

<sup>1498</sup> José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 88.

<sup>1499</sup> Themístocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 47. *Apud* Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, in *Problemática e implicações da revogação do ato expropriatório*. Revista dos Tribunais, v. 566, p. 23.

O ato administrativo é perfeito quando completado o ciclo necessário à sua formação; quando esgotadas as fases necessárias à sua formação; perfeição é a situação do ato cujo processo está concluído. É válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo; quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica; validade é a adequação do ato às exigências normativas. É eficaz quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade; eficácia é a situação atual de disponibilidade para produção dos efeitos típicos, próprios, do ato<sup>1500</sup>.

Jessé Torres Pereira Júnior<sup>1501</sup> reforça que integram a estrutura morfológica do ato administrativo a competência do órgão e do agente para a sua edição; a forma estabelecida para a sua veiculação, em geral escrita, a ela podendo a norma aditar solenidade específica (p. ex., lavratura de termo em livro próprio); o objeto de interesse público, a deduzir-se do verbo que traduza a ação administrativa (remover, punir, autorizar, licenciar, ceder, conceder, permitir, nomear, exonerar etc.); o motivo (conjunto das razões de fato e de direito que justificam o ato); e a finalidade (o resultado a ser alcançado pelo ato, expressa ou implicitamente prefixado em sua norma de regência). A relação entre o objeto e o motivo corresponderia à causa do ato, que constituiria o sexto elemento de sua morfologia. Complementa que:

Todos e cada um desses elementos devem estar presentes no plano da existência do ato, sob pena de não haver ato, mas mera gestação de ato nos órgãos da Administração. Ato administrativo perfeito é aquele que completou o seu ciclo de formação, posto que presentes todos os seus elementos, o que não

---

<sup>1500</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 360-361.

<sup>1501</sup> *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 56-57.

se confunde com ato válido. Pode ser inválido ato perfeito, bastando que haja vício de ilegalidade em qualquer dos elementos que importam à morfologia do ato no plano de sua existência. Uma das aplicações do significado jurídico do plano da existência encontra-se na impetração do mandado de segurança preventivo, que cabe exatamente quando o titular de um direito líquido e certo percebe que a Administração prepara ato de que poderia advir lesão (v.g., revogação com efeitos retroativos). No plano da validade, esses elementos devem ser novamente apreciados, não mais para a verificação de sua existência, mas de sua integridade. É o plano em que podem ocorrer os vícios: incompetência do órgão ou do agente, forma diversa da predeterminada, objeto que mascara agir em favor de interesse privado, falseamento dos motivos, desvio das finalidades, inadequação da causa. Alguns desses vícios poderão ser corrigidos, inclusive pela Administração (autotutela), mediante a edição de ato de re-ratificação. Outros vícios são insanáveis e atrairão, necessariamente, a invalidação (anulação ou nulidade). Resistente a Administração a corrigir o vício, o titular do direito lesado submeterá o pleito de invalidação ao Judiciário, que exercerá o controle correspondente, nos termos da Súmula n. 473.

Ao tratar dos requisitos do ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1502</sup> diz não haver concordância total entre os autores sobre a identificação e o número de elementos (requisitos) do ato administrativo. Todavia, habitualmente são referidos os seguintes: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade, não sendo incomum encontrar-se, também, menção à vontade. Define o autor, de forma sucinta, que:

Sujeito é o autor do ato; quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo; forma é o revestimento externo do ato: sua exteriorização; objeto é a disposição jurídica expressada pelo ato: o que ele estabelece. A expressão, com este sentido, é infeliz. Seria melhor denominá-la conteúdo. Motivo é a situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato; finalidade é o bem jurídico a que o ato deve atender. Vontade é a disposição anímica de produzir o ato, ou, além disto, de atribuir-lhe um dado conteúdo.

---

<sup>1502</sup> O autor, todavia, separa os elementos (conteúdo e forma) e os pressupostos do ato. Distingue esses últimos em pressupostos de existência (objeto e pertinência do ato ao exercício da função administrativa) e de validade (pressuposto subjetivo - sujeito; pressupostos objetivos -motivo e requisitos procedimentais; pressuposto teológico -finalidade; pressuposto lógico - causa; pressupostos formalísticos - formalização). Não inclui a vontade entre os elementos, por entender que precede o ato, não podendo ser considerada como parte dele, nem entre os pressupostos, por se tratar de uma realidade psicológica, e não jurídica. Op. cit., p. 363-365.

Ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1503</sup> que o motivo é pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. É externo ao ato e antecede-o, por isso, o motivo não pode ser considerado como parte, mas como elemento do ato. Acrescenta que o motivo pode ser previsto ou não em lei. Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista.

Diferencia o referido administrativista o "motivo do ato" e o "motivo legal", afirmando que, enquanto esse último é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, o motivo do ato é a própria situação material, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato. Conclui que toda vez que o motivo de fato for descoincidente com o motivo legal, o ato será viciado<sup>1504</sup>.

A finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato, conforme definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1505</sup>. Distingue-se do motivo, porque esse antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede a prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição. Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado<sup>1506</sup>.

---

<sup>1503</sup> Op. cit., p. 369.

<sup>1504</sup> Idem, ibidem.

<sup>1505</sup> Op. cit., p. 219-220.

<sup>1506</sup> Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4. ed. Madrid: Civitas, 1983, t. 1, p. 442. *Apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 378.



Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>1507</sup>, citando Cretella Júnior, observa que a doutrina brasileira acolhe, de modo geral, o princípio de que o elemento fim é condição *sine qua non* para a legalidade do ato administrativo. Caso seja praticado com inobservância do fim legal, o ato administrativo é nulo de pleno direito, em nosso sistema jurídico. O que se exige, nas desapropriações, é que o ato administrativo declaratório venha regrado pelo interesse público para alcançar o fim desejado, traga para legitimar-se as condições estabelecidas na lei.

Cretella Júnior<sup>1508</sup> ensina que, quando o decreto ou é eivado de nulidade flagrante, e o Estado tem o poder-dever de decretar a anulação do ato, ou a declaração é considerada inoportuna e/ ou inconveniente, e, nesse caso, o Estado pode decretar a revogação do ato. Na fase administrativa o Estado pode, ainda, conservar-se inerte e deixar caducar o decreto por decurso do tempo. Acrescenta que:

Assim como a declaração de utilidade pública está na esfera discricionária da Administração, sendo insuscetível de controle jurisdicional, do mesmo modo, a qualquer tempo, também discricionariamente, pode haver revogação da declaração, consultando-se apenas o interesse público, resumido, aqui, no binômio oportunidade e conveniência. O Estado, entendendo inconveniente ou inoportuna a desapropriação do bem, pode desfazê-la. Na fase administrativa, pelo desfazimento do decreto, quer pela anulação ou revogação, quer pela inércia - que ocasiona a caducidade do decreto expropriatório - o Poder Público pode, por ação ou por omissão, manifestar a vontade no sentido de que o bem não mais interessa ao Estado. Neste caso, regra geral, não se fala em perdas e danos, pois o decreto, pairando sobre o bem a ser expropriado, não chegou a afetar o direito de propriedade.[...] Note-se que a revogação do ato expropriatório está tão-só na esfera do poder discricionário do chefe do Executivo, sendo absolutamente imune a apreciação do Poder Judiciário, porque "revogar" cabe somente à Administração, ao passo que "anular" cabe à Administração e ao Judiciário, ao contrário do que pensam alguns, interpretando erroneamente a Súmula 473 do STF ("... e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial") é concernente não à revogação em si,

---

<sup>1507</sup> Desapropriação. Declaração de utilidade pública. Ato administrativo. Mandado de segurança. Desvio de poder. Op. cit., p. 398.

<sup>1508</sup> Desistência da desapropriação. Revista dos Tribunais, v. 617, p. 7-9.

mas quando ela atinge os "direitos adquiridos" - estes, sim, suscetíveis de controle judicial, quando lesados. Jamais o Poder Judiciário teve competência para proceder à revogação do decreto expropriatório. Nunca. No entanto, cabe àquele Poder a faculdade revisionista, que incide apenas sobre o ato ilegal (e não sobre o ato inoportuno e inconveniente) e que respalda o instituto da anulação, sujeita, sempre, a revisão judicial, mas inconfundível com a revogação, pois esta é da competência da Administração.[...] "A desapropriação é ato de império e pode ser desfeita pelo Estado, que a decreta". Não há a menor dúvida. Desse modo, pela anulação e revogação, na fase administrativa, o Poder Público pode desfazer o decreto expropriatório. Na fase judicial, ainda revogando o ato, a Administração pode provocar a extinção do processo pela desistência, cabendo ao administrado uma só atitude: pleitear, em ação própria, o respectivo ressarcimentos dos danos, se houver.

Arabela Maria Sampaio de Castro<sup>1509</sup> também distingue que a anulação pressupõe ato ilegítimo, por ter sido praticado com violação de preceitos legais; enquanto a revogação pressupõe ato válido, sob o prisma da legalidade, porém, inconveniente ou inoportuno, por não atender ao interesse público. Argumenta que não há necessidade de serem anulados os decretos expropriatórios. Basta a sua revogação, e, ainda assim, não para atender decisão judicial, mas para atender o interesse público, mesmo que a revogação do decreto seja feita para ser sucedido por futuro decreto, que disponha mais claramente a respeito da finalidade da implantação de distrito industrial e apoiados, tão-só, em projeto aprovado de implantação, e, não, em alguma lei de incentivo às indústrias<sup>1510</sup>.

Observa Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1511</sup> que, de regra, a revogação, quando legítima, não dá margem a indenização<sup>1512</sup>. Se existe o poder

---

<sup>1509</sup> Desapropriação. *Revista de Direito Público*, v. 64, p. 231.

<sup>1510</sup> A doutrina é unânime no sentido de que: a revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração - e somente por ela - e por não mais lhe convir sua existência. Toda revogação pressupõe um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público. Se o ato for ilegal ou ilegítimo não ensejará revogação, mas sim, anulação, cf. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 184.

<sup>1511</sup> Op. cit., p. 426.

<sup>1512</sup> Até porque, a revogação é o instrumento jurídico por meio do qual a Administração Pública promove a retirada de um ato administrativo por razões de conveniência e oportunidade. Trata-se de um poder inerente à Administração. A revogação vem exatamente ao encontro da necessidade que tem a Administração de ajustar os atos administrativos às realidades que vão surgindo em decorrência da alteração das relações sociais, cf. José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 140-141. Decorre do poder discricionário da Administração de reexaminar, de

de revogar perante a ordem normativa, sua efetivação normalmente não lesa direito algum de terceiro. Contudo ressalta que não se pode excluir a hipótese, até porque existe responsabilidade do Estado por ato lícito.

É certo que o decreto expropriatório não implica em limitação ou restrição ao direito de propriedade, conservando o proprietário o direito de usar, gozar e dispor do imóvel, daí que, em regra, a expedição do declaração, por si só, não irá gerar prejuízos. Todavia, pode ocorrer que, em certas situações especiais, venha o proprietário a suportar prejuízos em decorrência tão só de sua expedição. Nesse caso, desde que comprovados, esses prejuízos devem ser ressarcidos pelo Poder declarante.

Quando os atos administrativos são praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas, diz-se que eles são inválidos. Invalidação é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica<sup>1513</sup>.

Hely Lopes Meirelles<sup>1514</sup> reforça que a anulação é a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Baseia-se em razões de legitimidade ou legalidade. Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao Direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, para restabelecer a legalidade administrativa. Se o não fizer, poderá o interessado pedir ao

---

modo geral, a conveniência, a oportunidade ou a razoabilidade dos seus próprios atos. Cf. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, Problemática e implicações da revogação do ato expropriatório. Revista dos Tribunais, v. 566, p. 24-25.

<sup>1513</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 429-430.

<sup>1514</sup> Op. cit., p. 186-187.

Judiciário que verifique a ilegalidade do ato e declare sua invalidade, por meio da anulação.

Para a Administração o que fundamenta o ato invalidador é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada. Para o Judiciário é o exercício mesmo de sua função de determinar o Direito aplicável ao caso concreto. O motivo da invalidação é a ilegitimidade do ato, ou da relação por ele gerada, que se tem de eliminar<sup>1515</sup>.

Para Arruda Alvim<sup>1516</sup>, a compreensão do controle jurisdicional dos atos administrativos tem uma especial significação dentro do Estado de Direito, em que a administração fica jugulada à observância do princípio da legalidade. Define a causa do ato administrativo como uma relação de compatibilidade dos fatos ocorridos com aqueles descritos na norma, estando aí implicada uma causa legítima, consistente no enquadramento adequado dos fatos à norma, tudo sempre e necessariamente norteado pelo interesse público. Desta correta adequação, resulta um conteúdo lícito do ato. Percebe-se ser inerente a todos os atos administrativos legítimos a finalidade pública do ato, que é exatamente o fim público, o qual sempre e permanentemente deve a Administração perseguir.

O ilustre autor indica que outro dado relevante para o controle jurisdicional dos atos administrativos diz respeito à necessária fundamentação do ato administrativo. Essa fundamentação explica e revela a finalidade pública do ato. O ato administrativo não pode ser defeituoso ou carente de fundamentação porque ela é, exatamente, o retrato de que aquele ato

---

<sup>1515</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 432.

<sup>1516</sup> Limites ao controle judicial da administração: a discricionariedade administrativa e o controle judicial. *In Direito processual público: A Fazenda Pública em juízo*. Coords. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225

administrativo está implementando o fim público determinado pela lei, no que está implicada obediência à lei e ao sistema jurídico. A fundamentação, portanto, se coloca como *conditio sine qua non* da própria possibilidade do controle jurisdicional da legalidade do ato. A motivação é garantia da legalidade e deve ser aquela que conste no ato e não ulterior a ele. É inadmissível um comportamento da Administração que pretenda ulteriormente agregar motivos outros que não são aqueles que haveriam de ter constado no ato efetivamente praticado<sup>1517</sup>.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>1518</sup> argumenta que a única justificação do poder do Estado e do seu exercício não pode ser outra que a sua destinação social no prosseguimento do interesse público. O exercício em contrário ou mesmo estranho a essa destinação será abuso ou desvio do poder a ele confiado. Conclui que, em se tratando de Estado a cura e a procura do interesse público são sua razão de ser e justificação, sua capacidade de agir estará sempre vinculada a esse fim, ainda que, num sentido amplo ou figurado, haja alusão à liberdade no exercício de suas funções juspolíticas, como a legislação, a jurisdição e a administração.

Afirma Cássio Scarpinella Bueno<sup>1519</sup> que compete ao Poder Judiciário e ao magistrado "entrar" no ato administrativo, conhecê-lo exaustivamente, verificar todos os seus pressupostos e requisitos, verificar se ele se encarna na "moldura" legal, para, então, após esta ampla inspeção, declarar se o ato é válido ou inválido. Na hipótese de invalidade, exercita o controle para proscreever aquele comportamento administrativo do sistema. Se entender, após

---

<sup>1517</sup> Op. cit., p. 233.

<sup>1518</sup> *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 19-20.

<sup>1519</sup> Inafastabilidade do controle judicial da Administração. In *Direito processual público: a Fazenda Pública em Juízo*, op. cit., p. 244.

essa ampla análise, que o ato é válido, é desejável que o Judiciário exerça seu controle para validar o comportamento administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1520</sup> diz que o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e da moralidade (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37). Quanto aos atos discricionários, entende que eles estão sujeitos à apreciação judicial, desde que se respeitem os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência). Esclarece que não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.

Cretella Júnior<sup>1521</sup> ressalta que o decreto expropriatório é ato administrativo que, como espécie do ato jurídico, além de agente, objeto e forma, apresenta elementos específicos, motivo e fim. Cada um desses elementos deve ser perfeito, caso em que se designa a configuração, em seu termo final, com os atributos ajustáveis a cada elemento: agente capaz, objeto lícito, forma adequada, motivo existente, fim público.

Caso o decreto expropriatório apresente qualquer defeito em um de seus elementos, tal como qualquer ato administrativo, surgirá vício ou defeito estrutural, suscetível de ser apreciado pelo Poder Judiciário que, reconhecendo o estigma, invalidará a medida<sup>1522</sup>.

---

<sup>1520</sup> Op. cit., p. 711.

<sup>1521</sup> Cf. Cretella Júnior, *in Revista Forense*, v. 249, p. 113.

<sup>1522</sup> Nesse sentido Cretella Júnior, *in Revista dos Tribunais*, v. 617, op. cit., p. 7-9.

Para Pontes de Miranda<sup>1523</sup>, a desapropriação, para ser acorde com a Constituição, tem de ter fundamento ou em necessidade pública, ou em utilidade pública, ou em interesse social. Se o ato de desapropriação, tal como se apresenta ao juiz, não satisfaz a um desses requisitos, é contrário à Constituição. Caso a lei admita alguma espécie que não se enquadre em qualquer dos três conceitos, tanto a própria lei como o ato de desapropriação são contrários à Constituição. Se a lei enumerou os casos de necessidade pública, ou de utilidade pública, ou de interesse social, e o ato desapropriativo não se inclui em qualquer deles, há ilegalidade do ato. Conclui que a apreciação judicial não é eliminável.

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que: "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" (Súmula 346). "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (Súmula 473).

Comenta Antônio de Pádua Ferraz Nogueira<sup>1524</sup> que as citadas Súmulas, orientando-se por uma terminologia menos ortodoxa, não só albergam a doutrina dominante como, também, esposam o princípio da limitação do exercício da revogabilidade do ato, que se encontra insito na lei e nos direitos adquiridos. Afirma, mais, que:

Outra não poderia ser a orientação, pois óbvia a inequivocidade de que o poder discricionário da Administração, no exercício de autotutela, de anular e rever os próprios atos deva sofrer restrições, a fim de que esse mesmo poder venha a ser compatível com a estabilidade nas relações jurídicas entre governantes e governados. Só assim o Estado, como nação política e juridicamente organizada, terá meios de obstar aos excessos de seus

---

<sup>1523</sup> *Tratado das ações*, op. cit., t. 4, p. 439-440 e 445.

<sup>1524</sup> Op. cit., p. 25.

administradores e de impor limites intransponíveis e preservadores da segurança dos administrados em determinadas situações jurídicas individuais. E, por isso mesmo, "a revogabilidade dos atos deve examinar-se com relação aos princípios gerais, e também atendendo à natureza especial do negócio jurídico objeto do ato".

Jessé Torres Pereira Júnior<sup>1525</sup> destaca do verbete 473, da Súmula do Supremo Tribunal Federal seis orientações para o controle judicial do ato administrativo:

(a) o poder de iniciativa da Administração, que a autoriza a exercer o autocontrole independentemente da provocação de terceiro; (b) a inércia ou a resistência da Administração em controlar o ato não elide a provocação por terceiro, quanto à revisão daquele comprometido por vício e ilegalidade, com vistas à sua invalidação, mas não quanto à revisão por razões de conveniência ou oportunidade, visado à revogação, privativa da Administração; (c) os efeitos *ex-tunc* da anulação afastam a garantia do direito adquirido (dos atos ilegais "não se originam direitos"), salvo em favor de terceiro de boa-fé; (d) os efeitos *ex-nunc* da revogação respeitam os direitos e as relações jurídicas estabelecidos na vigência do ato revogado, posto que nele ilegalidade alguma havia; (e) a Administração pode emendar os vícios de ilegalidade sanáveis, por isto que o verbete alude a "anulação", sem embargo de existirem, também, os vícios atraentes de nulidade (insuscetíveis de convalidação), quando a respectiva retificação for expressamente vedada pelo direito positivo; (f) o controle judicial opera em qualquer hipótese, inclusive para verificar se os atos de desfazimento (anulação ou revogação) não seriam, eles próprios, portadores de vício de ilegalidade ao se atribuírem efeitos diversos dos admitidos (v.g., retroativos para a revogação, futuros para a anulação).

Cretella Júnior<sup>1526</sup> assevera que, ao expedir decreto expropriatório, ato administrativo especial, o Poder Público tem o poder-dever de assessorar-se para que a providência seja perfeita, que não contenha defeito de fundo ou de forma, para que o Estado não sofra arranhão algum em seu papel incontestável de tutor impoluto da legalidade. Aduz que:

Além de agente capaz, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não defesa em lei, a doutrina mais autorizada do direito público, aponta, na configuração estrutural do ato administrativo, a presença obrigatória de, pelo

---

<sup>1525</sup> Op. cit., p. 56.

<sup>1526</sup> Revista Forense, v. 249, p. 114-115.



menos, mais dois elementos, o motivo e o fim. Se todos os elementos estiverem íntegros, sem defeitos, sem vícios, o ato administrativo completou o ciclo delineado pela técnica do direito público e entra eficazmente para o mundo jurídico, projetando seus efeitos, assim que editado, mercê da auto-executoriedade, sua força motriz propulsora. Se algum elemento se apresentar defeituoso, cabe à Administração, mediante o poder de auto-revisão ou auto-tutela, sanar a irregularidade quando possível, ou rejeitar o ato, desfazendo-o, se o vício for irreparável.[...] o fim é perfeito, inatacável, quando o agente, operando em nome do Estado, que o credenciou, o isola de quaisquer influência de natureza pessoal. Porque o agente público é administrador e não *dominus*. Se o agente, levado por móveis outros que não o interesse público, providência a edição do ato administrativo, este nasce com grave e irremovível defeito de origem, informado que foi por finalidade incompatível com aquela que deve impulsionar o pessoal do Estado.[...] Desvirtuado o fim, desnatura-se o ato, eiva-se a providência de vício incovalidável, veste o administrador a roupagem de proprietário, desaparece do cenário público o traço de impessoalidade, a razão e o equilíbrio cedem lugar à paixão, a *res* pública torna-se *res* privada, configura-se o denominado desvio de finalidade ou desvio de poder.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>1527</sup>, a validade do ato expropriatório presume a compatibilidade entre seus motivos e as hipóteses legais a que está vinculado. Observa, contudo, que não basta esta adequação para a sua validade. É preciso ainda que a finalidade do ato seja a necessidade, a utilidade pública, o interesse social, prevista para atos de sua categoria, e não qualquer outra, embora legítima, já que só em razão de necessidade, de utilidade pública ou de interesse social a Constituição aceita o sacrifício do direito inviolável de propriedade. Afirma, ainda, que:

o ato expropriatório é lícito apenas quando, ocorrendo motivo legalmente suficiente (segundo enumeração legal), o resultado se destina a atender o interesse geral legalmente especificado para os atos da sua categoria (necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social). O resultado há de ser, portanto, buscado e ditado, para responder à situação motivadora. Assim, se o objetivo do ato não for aquele previsto na lei, o resultado não se produzirá validamente, por estar o ato viciado quanto à finalidade, conquanto ocorra motivo suficiente. Tal vício é o desvio de poder. Este se manifesta sempre que o resultado é pretendido, não com a intenção de responder à situação que se invoca como motivadora do ato, mas por outra qualquer. Há, então, um descompasso entre a finalidade para a qual a lei prevê o resultado, atribuindo a

---

<sup>1527</sup> Cf. parecer publicado in Revista de Direito Administrativo, v. 118, p. 431.

um órgão o poder de praticá-lo, e a finalidade a que, efetivamente, visa este órgão ao praticar o ato. Essa é a lição da doutrina francesa. Afirma Vedel, "o desvio de poder consiste no fato de uma autoridade administrativa usar de um de seus poderes para uma finalidade outra do que aquela para a qual esses poderes lhe foram conferidos" (*Droit administratif*, 2. ed. PUF, Paris, 1961, p. 431, n/Trad.). Esse é o ensinamento da doutrina brasileira. Diz Caio Tácito, "Sempre que, no exercício de competência legítima, a autoridade pratica ato formalmente lícito, mas destinando-se a atender a fim de interesse privado, ou mesmo de outro interesse estranho à previsão legal, consuma-se a sua nulidade pela inobservância da finalidade obrigatória, que constitui o desvio de poder" (Desvio de poder, em *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Ed. Borsói, Rio de Janeiro, v. 16, p. 95). Também o de Themístocles B. Cavalcante (O princípio da legalidade e o desvio de poder. *RDA* 85/1).

Defende Cretella Júnior<sup>1528</sup> que, se ficar demonstrado que, ao editar o ato, os objetivos dessa ação tenham-se afastado daqueles que devem inspirar o Poder Público, será legítimo ao Poder Judiciário reconhecer a inexistência da utilidade pública. Argumenta que:

Não penetrando na indagação de ser necessária, útil ou de interesse social, na desapropriação, o que lhe é interdito, por consistir em indébita ingerência, verdadeira invasão de um Poder na esfera de outro Poder, o Judiciário pode, entretanto, verificar se, para a prática do ato expropriatório, foi invocado algum dos casos expressos mencionados e, pois, se se fundamenta em motivo de utilidade pública. Estabelecendo o confronto entre o ato executivo e a lei, movimenta-se o magistrado em seu terreno específico.

Para Alcebíades da Silva Minhoto Júnior<sup>1529</sup>, o ato emitido por agente incapaz, ou mediante abuso de autoridade, incluindo o mero capricho, a quizila, a vindita, casos registrados nas desapropriações, embora raramente, caracterizam o desvio de poder, onde a intervenção do Judiciário, uma vez provocada, é de extrema importância. Deixa a Administração o interesse público, para ingressar no interesse individual, mediante ato do administrador, agindo em seu nome. Os motivos dessa ação distorcida podem variar, desde políticos, até religiosos.

---

<sup>1528</sup> *Revista Forense*, v. 249, p. 115.

<sup>1529</sup> *Da desapropriação imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 37.

Entende o autor citado que no desvio age o administrador com a lei, porém desvirtuando a sua finalidade. No excesso vai além do que permite a lei, substituindo-a por sua vontade e impondo-a. Age contra e apesar da lei. Ambos os casos, se ocorrentes na desapropriação, maculam o processo, situação passível de intervenção jurisdicional corretiva do desmando. Lembra que os vícios do ato expropriatório, a caracterizar o desvio de poder, devem ser de tal ordem que ou tornem o ato nulo em sua origem (vício formal), ou na emissão do ato a Administração deixe a linha do interesse público e lhe desvie o fim (vício material)<sup>1530</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1531</sup>, ao examinar a natureza jurídica do ato que declara a utilidade pública ou o interesse social, analisa dois pontos:

Primeiramente, trata-se de ato administrativo, porque estampa, sem qualquer dúvida, atividade ligada à administração da coisa pública. Em relação ao decreto expropriatório e à portaria ministerial, o assunto é tranqüilo, porque tais atos são mesmo administrativos sob o aspecto formal. Mas o ato declaratório de utilidade pública oriundo do Legislativo, seja lei ou decreto legislativo, também se caracterizará como ato administrativo material. Em se tratando de lei, esta se qualificará como lei de efeitos concretos, que, embora sob a forma de lei, representa materialmente um ato administrativo. O segundo ponto a merecer destaque concerne à questão dos parâmetros de atuação do administrador quando vai firmar a declaração. A averiguação da conveniência e oportunidade para praticar o ato administrativo declaratório é privativa do administrador público; os parâmetros, portanto, são de caráter administrativo. Sob esse ângulo, então, cuida-se de ato discricionário. Ocorre que os casos que permitem a desapropriação são os que a lei expressamente menciona; em outras palavras, o administrador não pode afastar-se do elenco legal. Por essa ótica, o ato declaratório será vinculado, não tendo o administrador qualquer liberdade quanto ao fundamento da declaração, já que os parâmetros de atuação, que representam esse fundamento, são de natureza legal.

Concordamos que, quando o administrador declara a utilidade pública do bem, ele está vinculado às hipóteses legais, ou seja, ele terá

---

<sup>1530</sup> Op. cit., p. 38-39.

<sup>1531</sup> Op. cit., p. 684.

de fundamentar seu ato em um daqueles casos permissivos previstos em lei federal<sup>1532</sup>. Sua atividade está, pois, vinculada à lei, não podendo estabelecer ou criar hipóteses de utilidade pública.

Entendemos, ainda, que, havendo provocação, compete ao Poder Judiciário avaliar se todos os elementos que compõem o ato e seus pressupostos estão em conformidade com a prescrição legal. Por isso, tanto questões relativas à competência do agente; à forma adotada para a prática do ato; ao motivo que serviu de fundamento para a sua expedição e à finalidade do ato expropriatório podem ser objeto de controle judicial.

Assim, na declaração por utilidade pública em que o motivo apontado pela Administração Pública foi a ocorrência de uma calamidade pública, e a finalidade a ser imprimida ao bem expropriando foi a sua utilização na promoção do socorro da população, o Poder Judiciário não pode ser privado da averiguação da ocorrência ou não da calamidade. Também, caso o bem expropriado não seja utilizado para o fim declarado, cabe ao Judiciário, nos termos da lei, impor as sanções cabíveis.

Supondo, ainda, que o motivo constante no decreto, ensejador da desapropriação, tenha sido a preservação e a conservação de bens móveis de valor histórico, mas que, no caso, os bens expropriados não possuam qualquer valor histórico para a comunidade, sem dúvida é de se permitir a apreciação de tal questão pelo Poder Judiciário, que não pode ver-se privado de apreciar matéria referente à ocorrência ou não da motivação legal na expropriação de ditos bens, e, considerando-a inexistente, que invalide o ato.

---

<sup>1532</sup> Já que compete privativamente à União legislar sobre desapropriação (art. 22, II, CF).

Nesse sentido, Bruno Lacerda Bezerra Fernandes<sup>1533</sup> ressalta que o decreto de utilidade pública ou de interesse social, embora, na sua forma, não apresente defeitos, poderá, quanto à substância, estar nulo. É o caso da inexistência de motivos, onde não haja, por exemplo, nenhuma calamidade que a desapropriação vai socorrer (art. 5º, "c", Dec.Lei n. 3.365/41), ou do desvio de finalidade, abertura de estrada de exclusivo interesse particular. Em casos tais, o processo não comporta a matéria na qual se discute a desapropriação, podendo o interessado, se assim o entender, socorrer-se das vias ordinárias (por vias ordinárias entendam-se todos os procedimentos possíveis que não sejam o da desapropriação, como a ação comum, o mandado de segurança, quando o direito for líquido e certo, logicamente, ou então a ação popular), para cassar o ato maculado.

Como bem observado por José Osvaldo Gomes<sup>1534</sup>, a expropriação não visa direta e imediatamente a apropriação de bens imóveis e dos direitos a eles inerentes, mas a realização de um determinado interesse público, mediante a afetação desses bens. Daí que, por um lado, a expropriação tem de visar ao interesse geral de uma determinada comunidade, apreciado em abstrato; por outro lado, entre o imóvel expropriado e a satisfação do interesse geral específico tem de estabelecer-se uma relação de causalidade adequada, o que implica uma apreciação em concreto.

Poder-se-ia argumentar que não se pode permitir ao Poder Judiciário o controle de questões afetas à existência ou não da utilidade pública declarada pelo Poder expropriante. De tal entendimento decorre que, se, por exemplo, o prefeito de um pequeno e pobre município decidir edificar um

---

<sup>1533</sup> A contestação na ação de desapropriação: possibilidades de abordagem, p. 1-2. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=478>>. Acesso em 5-9-2005.

<sup>1534</sup> Op. cit., p. 120.

campo de pouso para helicópteros (mesmo não existindo nenhum na região), e, para tanto, declarar como sendo de utilidade pública vários imóveis, não poderia o Judiciário se imiscuir na questão.

O assunto é abordado por Paulo Magalhães da Costa Coelho<sup>1535</sup>, que noticia:

em passado recente, político algo folclórico, mas nem por isso menos arbitrário, veio a desapropriar, quando exercia o mandato de prefeito da capital paulista, residência de um desafeto político seu. A admitir a insindicabilidade das razões de interesse público, seria perpetrada uma grotesca arbitrariedade, tão ao gosto dos espíritos totalitários. Seria essa solução a mais conseqüente com o Estado Democrático e Social de Direito? É bem verdade que, como sustenta e exemplifica Leonel Ohlweiler em seu excelente Direito administrativo em perspectiva, a jurisprudência em alguns casos tem exercido controle de algum grau de intensidade sobre a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, notadamente pelos critérios do "desvio de poder" e "desvio de finalidade". Assim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível o exercício de controle jurisdicional sobre o decreto expropriatório, em acórdão relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, tendo na ocasião se consignado: "Conquanto ao judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato bem como à finalidade, pois, aí, reside o freio à discricionariedade, por isso que a declaração de utilidade pública terá que indicar, precisamente, o fim a que se destina a desapropriação" (REsp. 36611, 1ª Turma).

Conforme registra Danielle Anne Pamplona<sup>1536</sup>, é sem problemas que se admite como possível a atuação do Judiciário em relação à competência, à finalidade e à forma dos atos. Sempre que estiverem em desconformidade com o que a lei estritamente determina, passíveis são de anulação e correção pelo Judiciário. Identifica que o problema está em delimitar a atuação do Judiciário quando o ato não pode ser caracterizado exatamente como abusivo, aduzindo, mais, que:

---

<sup>1535</sup> Op. cit., p. 112-113.

<sup>1536</sup> Op. cit., p. 100-102.

Dir-se-á que aqueles atos que são albergados por um dispositivo legal que permite uma certa discricionariedade não poderão ser revistos pelo Judiciário no tocante a esta parte específica. Ou seja, o Judiciário somente teria legitimidade para analisar o que fosse vinculado à lei nos atos administrativos, sendo que a parte acobertada pela discricionariedade não seria de sua competência, cabendo somente ao agente decidir pela melhor maneira de agir. Mesmo nos atos chamados de discricionários, o administrador estará "perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente, aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei". De qualquer modo, há que se admitir que, mesmo os denominados atos discricionários, devem obediência aos princípios insculpidos na Constituição, o que alarga a possibilidade de revisão dos atos pelo Judiciário.[...] O Judiciário poderá analisar quaisquer atos administrativos em confronto com aqueles princípios constitucionais que norteiam a atividade da Administração.[...] Ainda que se admita a existência de atos em que o agente possa se defrontar com mais de uma solução plausível, não há que se admitir mais de uma solução juridicamente perfeita, que atenda não só ao comando imediato da lei, mas também a todos os princípios elencados na Constituição, e, sobretudo, que atenda à necessidade dos cidadãos de ver a realização da justiça.

Jessé Torres Pereira Júnior<sup>1537</sup> destaca que os atos ditos discricionários (ou seja, aqueles em que a respectiva norma de regência deixa objeto e motivo a mercê da discricionariedade administrativa), por muito tempo considerados interditos à tutela jurisdicional quanto ao mérito das soluções técnicas adotadas pela Administração, estão sujeitos a controle judicial. Esclarece que para exercício desse controle as Cortes Superiores fazem reiterado uso dos princípios e da razoabilidade, exercendo efetivo controle sobre o mérito administrativo, observados certos limites e as peculiaridades do caso concreto.

Deixa claro o referido autor que a Constituição de 1988 abriu os horizontes do controle judicial da Administração, para levá-los além da legalidade estrita do ato administrativo e de seus motivos determinantes, quando expressos. Passa-se a questionar a legitimidade, a economicidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência, os resultados<sup>1538</sup>.

---

<sup>1537</sup> Op. cit., p. 59.

<sup>1538</sup> Op. cit., p. 46.

Lembra Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1539</sup> que, de acordo com a teoria dos motivos determinantes, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, isto é, os motivos que determinaram a vontade do agente, integram a validade do ato. Por isso, a invocação de "motivos de fato" falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato.

Paulo Magalhães da Costa Coelho<sup>1540</sup> afirma que os princípios constitucionais são os vetores condutores dos grandes valores consagrados na Constituição e no ordenamento jurídico, de modo a dotar-lhes de um sentido próprio. Os princípios refletem um posicionamento ideológico do Estado e da Nação ante os diversos valores da humanidade. Por isso, a administração pública, na gestão do Estado, na condução das políticas públicas e em sua relação com os administrados está a eles vinculada, mesmo nas hipóteses de atuação discricionária. É preciso que o ato emanado, ainda que de natureza discricionária, esteja em harmonia com os fins e os valores do ordenamento jurídico. Explica que:

Nos atos administrativos vinculados, o controle se faz com a verificação de ter a administração pública adotado no caso concreto a solução preconizada pela norma. Nos atos discricionários se concede à administração a opção de decidir sobre seu conteúdo. Mas essa decisão não é livre nem incontrastável, porque deve estar adequada ao ordenamento jurídico e aos princípios constitucionais. Dir-se-á que em casos tais a administração decidirá livremente, respeitando as lindes do ordenamento jurídico e dos princípios constitucionais. Se deles desbordar, deve ser controlada e contida em sua atividade. A administração pública está vinculada aos valores superiores do ordenamento, à opção ideológica da Constituição, devendo implementar suas diretrizes.[...] a Constituição ocupa o coração da ordem jurídica nacional e tem uma missão dirigente e vinculadora dos poderes do Estado.[...] o exercício de faculdades discricionárias não só não dispensa a administração pública do respeito à principiologia constitucional como ainda a obriga a consagrá-las em todos os seus atos. Não há, portanto, no poder discricionário, nem vontade absolutamente livre do administrador nem a pretensa imunidade a seu controle.

---

<sup>1539</sup> Op. cit., p. 376.

<sup>1540</sup> *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50-52.



A lição do direito português, no que respeita à expropriação por utilidade pública, também é de que ela só poderá efetuar-se com base em lei (art. 62, n. 2, da CRP). José Osvaldo Gomes<sup>1541</sup>, com apoio em J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, explica que esse normativo é um afloramento do princípio geral consagrado no art. 18, n. 2, segundo o qual as intervenções no âmbito da proteção dos direitos, liberdades e garantias só podem ser estabelecidas por lei. Acresce que a subordinação ao princípio da legalidade não se verifica apenas na prolação do ato declarativo, mas abrange todos os atos e formalidades tendentes à formação e manifestação das decisões administrativas e jurisdicionais que integram os processos de desapropriação.

Ao tratar do princípio da prossecução do interesse público, José Osvaldo Gomes<sup>1542</sup> diz que a prevalência do interesse público sobre a propriedade privada resulta desde logo da própria designação do instituto, pelo que a expropriação de bens imóveis e direitos a eles inerentes só pode fundar-se numa causa de utilidade pública, que resulte em benefícios para parte significativa dos seus membros. Da conexão entre o princípio da prossecução do interesse público e o princípio da legalidade decorre que o poder expropriativo só pode exercer-se por causa de utilidade ou para a prossecução de interesse público, tendo este de resultar da lei, não podendo ser invocadas causas de utilidade pública que não decorram da lei.

O também lusitano Diogo Freitas do Amaral<sup>1543</sup>, por sua vez, acrescenta que o princípio da prossecução do interesse público em Direito Administrativo, tem numerosas conseqüências práticas, citando as mais importantes, que são as seguintes:

---

<sup>1541</sup> Op. cit., p. 15-16.

<sup>1542</sup> Op. cit., p. 117.

<sup>1543</sup> *Direito Administrativo*. Lisboa, 1988, v. 2, p. 39.

1) Só a lei pode definir os interesses públicos a cargo da Administração: não pode ser a Administração a defini-los; 2) Em todos os casos em que a lei não defina de forma completa e exaustiva o interesse público, compete à Administração interpretá-lo, dentro dos limites em que a lei o tenha definido; 3) A noção de interesse público é uma noção de conteúdo variável: o que ontem foi considerado conforme ao interesse público pode hoje ser-lhe contrário, e o que hoje é tido por inconveniente, pode amanhã ser considerado vantajoso. Não é possível definir o interesse público de uma forma rígida e inflexível [...] 4) Definido o interesse público pela lei, a sua prossecução pela Administração é obrigatória; 5) O interesse público delimita a capacidade jurídica das pessoas colectivas públicas e a competência dos respectivos órgãos: é o chamado princípio da especialidade, também aplicável às pessoas colectivas públicas; 6) Só o interesse público definido por lei pode constituir motivo principalmente determinante de qualquer acto administrativo. Assim, se um órgão da Administração praticar um acto administrativo que não tenha por motivo principalmente determinante o interesse público posto por lei a seu cargo, esse acto estará viciado por desvio de poder, e por isso será um acto ilegal, como tal anulável contenciosamente; 7) A prossecução de interesses privados em vez do interesse público, por parte de qualquer órgão ou agente administrativo no exercício das suas funções, constitui corrupção, e como tal acarreta todo um conjunto de sanções, quer administrativas quer penais, para quem assim proceder; 8) A obrigação de prosseguir o interesse público exige da Administração pública que adopte em relação a cada caso concreto as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro): é o chamado dever de boa administração.

Lembra, ainda, José Osvaldo Gomes<sup>1544</sup> que o ato declaratório tem de respeitar não só os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público, mas também os demais princípios gerais aplicáveis aos procedimentos administrativos, tais como, os princípios da igualdade e da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade e da participação, que vinculam todo o procedimento e cada um dos atos e formalidades que integram.

Acrescenta Paulo Magalhães da Costa Coelho<sup>1545</sup> que fazer valer os vetores constitucionais é tarefa imperiosa do Poder Judiciário, que não pode acovardar-se a pretexto de invasão de competência de outro poder. Adota a

---

<sup>1544</sup> Op. cit., p. 17.

<sup>1545</sup> Op. cit., p. 54 e 61-62.

expressão "princípio da proporcionalidade", com o sentido equivalente ao "princípio da razoabilidade", aduzindo que:

O princípio da razoabilidade postula conceitualmente, portanto, uma relação de adequação entre o fim eleito pela lei e os meios em razão dos quais ele é efetuado. Pretende-se, em arremate, que haja uma verificação da adequação entre fim e meio, ou uma confrontação entre o fundamento da atuação administrativa e seus efeitos, de modo a tornar possível o controle de eventual excesso. Por outro lado, como referido, a razoabilidade também se expressa pela proporcionalidade que postula a proibição do excesso, como preconiza a doutrina romano-germânica. Aqui, deseja-se que o atuar administrativo não desborde para além do necessário quando for impor aos administrados uma restrição reclamada pelo interesse público. O princípio da proporcionalidade necessita, para sua aplicação e para a solução de um caso concreto, de um cotejo entre a realidade e três cânones principais, a saber: a adequação dos meios utilizados para o atingimento dos fins objetivados; a necessidade da utilização desses meios; e a efetiva razoabilidade da medida no cotejo entre a intervenção do Estado e os objetivos reclamados pelo legislador.

Noticia José Osvaldo Gomes<sup>1546</sup> ser entendimento pacífico na doutrina portuguesa que, rigorosamente, não há atos discricionários, existindo apenas atos praticados no exercício de poderes discricionários cumulativamente com poderes vinculados. Entende ser manifesto que qualquer ato administrativo, por maior que seja a margem de liberdade de decisão que a lei confira à Administração no caso concreto, será sempre praticado no exercício de poderes vinculados quanto à competência, ao procedimento a adotar na preparação da decisão, à forma ao fim visado pela lei na concessão do poder discricionário. Defende que não são apenas estes os limites que se colocam, ou podem colocar-se, ao exercício do poder discricionário, expondo que:

Os procedimento e processo expropriativos têm assim de ser justos (*due process*), de basear-se no respeito pela lei e numa causa *expropriandi* adequada e concreta, de garantir os necessários meios de audiência e defesa dos interessados, bem como o pagamento contemporâneo de uma justa indenização, de permitir o acesso aos tribunais para dirimir eventuais conflitos e de assegurar a reversão dos bens expropriados quando não forem aplicados

---

<sup>1546</sup> Op. cit., p. 109-110, 112-113 e 115.

aos fins que determinaram a sua expropriação[...] Na verdade, a expropriação não só tem de basear-se na lei - e nesta perspectiva o princípio da legalidade será um pressuposto do exercício do poder expropriativo -, mas também todos os actos e formalidades conducentes à declaração de utilidade pública e posteriores à sua prolação, incluindo o processo judicial, têm de subordinar-se ao princípio da legalidade.[...] No conceito de justa indenização vai implicada necessariamente a observância do princípio da igualdade, na sua manifestação de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. Uma indenização justa - na perspectiva do expropriado - será aquela que, repondo a observância do princípio da igualdade violado com a expropriação, compense plenamente o sacrifício especial suportado pelo expropriado, de tal modo que a perda patrimonial que foi imposta seja equitativamente repartida entre todos os cidadãos.

Como, em regra, no processo expropriativo estão envolvidos diversos interesses públicos, pode ser necessário proceder-se a uma ponderação entre eles<sup>1547</sup>. Em França, essa técnica de ponderação dos interesses públicos vem influenciando a administração a só recorrer ao processo expropriativo para realizar operações de utilidade pública incontestável<sup>1548</sup>.

Mário Esteves de Oliveira<sup>1549</sup>, ao referir-se ao princípio da proporcionalidade, afirma que se trata de um princípio geral do procedimento

---

<sup>1547</sup> José Osvaldo Gomes informa que essa questão foi analisada pela primeira vez pelo Conselho de Estado francês, no célebre aresto, de 28 de maio de 1971 (*Ville Nouvelle Est*), no qual se decidiu a seguinte questão: em 1969, o Governo deliberou realizar uma "experiência de urbanismo" em Lille procurando retirar os estabelecimentos de ensino superior do centro da cidade, para construir um grande complexo na parte leste, com capacidade para mais de trinta mil estudantes, e criando uma nova cidade com vinte mil a vinte cinco mil habitantes. O projeto, que previa a ocupação de quinhentos hectares, exigia a demolição de duzentas e cinquenta casas residenciais, algumas construídas no ano anterior. Esse projeto suscitou vários protestos, defendendo-se que a alteração do traçado da auto-estrada prevista evitaria a demolição de tais casas, o que, por outro lado, acarretaria o encarecimento exagerado da obra. Não obstante, o Conselho de Estado, nesse caso, considerou que existia causa de utilidade pública. As preocupações manifestadas nesse julgado, vieram a frutificar mais tarde, tendo sido anulada expropriação que, embora prosseguindo um interesse público, implicava o sacrifício de outros interesses públicos mais relevantes. Assim, considerando que a construção de uma ligação à auto-estrada do Norte de Nice ameaçava o hospital psiquiátrico de Santa Maria, o aresto de 20 de outubro de 1972 (*Société Civile Sainte-Marie de l'Assomption*) anulou o decreto de utilidade pública, alegando que no conflito de interesses públicos se deve dar preferência ao que visa a defesa da saúde pública. O Conselho de Estado francês foi mais longe no aresto de 26 de outubro de 1973, anulando a declaração de utilidade pública dos terrenos necessários à construção de um aeródromo em uma comunidade de 1100 habitantes, situada a 50 KMs de Poitiers, por considerar que os custos financeiros envolvidos eram excessivos para os recursos da comunidade e desproporcionados em relação às poucas vantagens para o interesse geral, tendo aplicado a teoria do *bilan cout-avantages* em diversos arestos posteriores. Essa técnica do *bilan cout-avantages* foi utilizada pelo Conselho de Estado francês para apurar se a prossecução do interesse público justificava a lesão dos direitos e interesses legítimos dos expropriados. Op. cit., p. 121-122 e 133.

<sup>1548</sup> Cf. José Osvaldo Gomes, op. cit., p. 122.

<sup>1549</sup> CPA Comentado, p. 154. Apud José Osvaldo Gomes, op. cit., p. 127.

administrativo, o que exige que a decisão seja: adequada (princípio da adequação), ou seja, que a lesão de posições jurídicas dos administrados tem de revelar-se adequada, apta, à consecução do interesse público visado; necessária (princípio da necessidade), que impõe que a lesão daquelas posições tem de se mostrar necessária ou exigível; proporcional (princípio da proporcionalidade em sentido estrito), ou seja, a lesão sofrida pelos administrados deve ser proporcional e justa em relação ao benefício alcançado para o interesse público (proporcionalidade custo/benefício).

O princípio da proporcionalidade ou da proibição de excessos manifesta-se no domínio das expropriações em vários planos. De início, o sacrifício dos expropriados tem de apresentar-se como necessário para a consecução do interesse público visado com a expropriação<sup>1550</sup>. Além de que, entre o sacrifício do proprietário e a consecução do interesse público visado com a desapropriação tem de haver uma relação de adequação<sup>1551</sup>.

Explica Paulo Magalhães da Costa Coelho<sup>1552</sup> que o subprincípio da adequação ou da idoneidade postula que o meio escolhido pelo legislador ou pelo administrador público se apresente com idoneidade suficiente para o alcance do fim almejado e tutelado pelo interesse público. A medida eleita e o fim a que se destina sujeitam-se a controle jurisdicional que afastará leis ou atos administrativos ilógicos, irracionais ou, ainda, afrontosos aos valores albergados na Constituição.

---

<sup>1550</sup> Exemplifica José Osvaldo Gomes que será ilegítima a expropriação se o beneficiário da expropriação dispuser de um terreno próximo que possa ser utilizado para o mesmo fim. Op. cit., p. 127.

<sup>1551</sup> Daí afirmar José Osvaldo Gomes que, se a requisição, ou a constituição de uma servidão forem suficientes, não será adequado recorrer à expropriação, e se a expropriação parcial satisfizer o interesse público não se justificará a expropriação total. Op. cit., p. 127.

<sup>1552</sup> Op. cit., p. 63.

O mencionado autor observa que o segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade. Citando Paulo Bonavides, diz que pelo subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária. Além de que é preciso verificar que, embora adequado e necessário, o meio não esteja a impor excessivos ônus ao administrado<sup>1553</sup>.

A atuação da Administração Pública deve, ainda, subordinar-se aos princípios da justiça e da imparcialidade. Para José Osvaldo Gomes<sup>1554</sup>, no domínio da expropriação, o princípio da justiça exige que a expropriação e o ato declaratório sejam justos, isto é, que não esvaziem de conteúdo e sentido o direito de propriedade e que constituam o último meio para a consecução do interesse público. Já o princípio da imparcialidade tem de ser respeitado na fase administrativa, impondo-se em todos os seus momentos, desde a fase administrativa até a judicial.

Danielle Anne Pamplona<sup>1555</sup> coloca que o princípio do devido processo legal, em seu aspecto material, impõe à Administração a observação dos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, e principalmente, da moralidade, sob pena de afrontar preceito fundamental para a sociedade, que é o da própria Justiça. O aspecto material do devido processo legal permite que seja analisada a própria atuação do agente administrativo. Permite até mesmo que o Judiciário possa analisar, na concepção do texto constitucional, as próprias políticas governamentais. Expõe que:

---

<sup>1553</sup> Op. cit., p. 66-68

<sup>1554</sup> Op. cit., p. 133-135.

<sup>1555</sup> *Devido processo legal: aspecto material*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 94-95 e 98-99.

Acredita-se que todos os atos administrativos devem concordar com a Constituição, e com todos os seus preceitos, e não somente com alguns. Aqui se abre a possibilidade de controle do mérito de qualquer ato administrativo. Entendendo-se o *due process of law* como devida adequação ao direito, podemos afirmar que os atos da administração devem ser legais, morais, razoáveis, ou seja, não arbitrários, para que possam ser válidos.[...] A garantia representada pelo substantive *due process* deve ser utilizada como instrumento de união do princípio da legalidade e da moralidade, para eficaz verificação de sua presença nos atos e decisões estatais<sup>1556</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito<sup>1557</sup>. Em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos fins para os quais foram

---

<sup>1556</sup> Para Roberto Del Claro, o fato de a Constituição de 1988 ter sido a primeira a prever de modo expreso a cláusula do devido processo legal substantivo no Brasil não parece autorizar a conclusão de que ela foi recepcionada em ambos os sentidos (*procedural e substantive*), seja pela incoerência da própria doutrina do sentido substancial, seja pela inutilidade de sua presença no ordenamento jurídico brasileiro. Entende que a única leitura aceitável do conteúdo da cláusula do devido processo legal é a que enxerga ali a necessidade de que o processo deve ser proceduralmente justo. Explica, ainda, que a Constituição americana não dispõe de um imenso rol de direitos fundamentais, tal qual a Constituição brasileira. Assim, a fim de que determinados direitos que são materialmente considerados fundamentais pelos *Justices* da Suprema Corte não ficassem desamparados em virtude da ausência de previsão expressa no texto, utilizaram e utilizam-se da teoria do devido processo substancial. Por ter a Constituição brasileira um imenso rol de direitos fundamentais, conclui que não há que se falar em devido processo legal substantivo no Brasil. Defende que o melhor para a interpretação da Constituição brasileira é que não se fale em devido processo substantivo em momento algum, para que sejam evitadas confusões conceituais. Entretanto, a única hipótese aceitável de se trabalhar o tema seria importar não o devido processo substantivo em si - já que instituto inútil no Brasil -, mas os primorosos testes de razoabilidade que a Suprema Corte americana tem utilizado mais recentemente para identificar violações a direitos fundamentais. *In* Devido processo substancial?, *Estudos de Direito Processual Civil*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 195 e 211-212. Para Nelson Nery Júnior, o devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. Exemplifica, que no direito administrativo o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, ora denominando-o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Acrescenta que, o fato de a administração dever agir somente no sentido positivo da lei, isto é, quando lhe é por ela permitido, indica a incidência da cláusula *due process* no direito administrativo. Os limites do poder de polícia da administração são controlados pela cláusula *due process*. *In* Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38-39.

<sup>1557</sup> Mesmo assim, no caso julgado, o STJ concluiu pela "Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção em conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes", STJ, 1ª T., REsp 169876/SP, v. u., rel. Min. José Delgado, DJ 21-9-1998, p. 70.

praticados (v. Lei 4.717/65, art. 2º). Não existem, nesta circunstância, atos discricionários, absolutamente imunes ao controle jurisdicional. Diz-se que o administrador exercita competência discricionária, quando a lei lhe outorga a faculdade de escolher entre diversas opções aquela que lhe pareça mais condizente com o interesse público. No exercício desta faculdade, o Administrador é imune ao controle judicial. Podem, entretanto, os tribunais apurar se os limites foram observados<sup>1558</sup>.

Há, também, decisão no sentido de que: "Está irremediavelmente viciado e deve ser invalidado o decreto declaratório de utilidade pública que não especificar a finalidade da desapropriação, com a destinação a ser dada ao imóvel expropriado. O fim público é aquele que a lei, explícita ou implicitamente prevê, como o fez expressamente o art. 5º do Decreto-lei n. 3.365/41, que, apesar de se referir a 'casos de utilidade pública', na verdade, elenca as finalidades específicas da desapropriação por utilidade pública, dentre as quais se encontra a construção de núcleo assistencial. 2. Da mesma forma, o decreto de desapropriação por utilidade pública, assim como qualquer outro ato administrativo, deve ser declarado nulo se não trouxe a exposição dos motivos que determinaram a sua prática. Somente com a motivação é que se permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado"<sup>1559</sup>.

Outro meio para avaliar a possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos é a análise dos conceitos jurídicos indeterminados. Sobre o assunto, Danielle Anne Pamplona<sup>1560</sup> observa que:

---

<sup>1558</sup> STJ, 1ª Seção, MS 6166/DF, v. u., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 6-12-1999, p. 62.

<sup>1559</sup> TJMG, RN e AC n. 1000000344073-2/000(1), rel. Brandão Teixeira, DO 27-8-2004, s/p.

<sup>1560</sup> Op. cit., p. 103-105.



Tais conceitos são aqueles expressos na lei, mas que não vêm definidos com precisão, gerando alguma dúvida quando da sua aplicação a uma situação, funcionando como uma válvula de escape para a rigidez imposta pela legalidade.[...] Em verdade, o conceito jurídico é sempre determinável. O que pode ser indeterminado, por força da própria linguagem utilizada, é o termo que se utiliza para expressá-lo. Nesse sentido, Eros Roberto Grau, quando afirma que à "aplicação dos conceitos indeterminados só se permite uma única solução justa". "O erro reside em crer que há uma pluralidade de soluções para aplicação deste tipo de conceito, quando, no caso concreto, sua qualificação jurídica não pode ser mais de uma...". Diante do caso concreto, caberá ao agente da Administração escolher aquela opção que seja mais próxima de cumprir com a finalidade da lei, que será, ao fim, a única solução possível.[...] Também pode o Judiciário argumentar pela necessária razoabilidade dos atos da Administração. Mesmo que se trate de ato em que se admita a existência de discricionariedade, como quando a lei traz conceito indeterminado, cabe ao Judiciário analisar se é razoável a atitude do agente. A razoabilidade é imposta pelo aspecto material do devido processo legal, que não permite que o agente administrativo, sob o manto da existência de um conceito indeterminado na lei, aja em desconformidade com os ditames do Direito.[...] Ainda assim, diante do princípio do devido processo legal, não pode o Judiciário, portanto, afirmar que se trata de atividade discricionária da Administração diante de um conceito indeterminado, eximindo-se de analisá-lo. Em verdade, ele deve analisar a aplicação que a Administração fez de tal conceito, sob a ótica dos princípios constitucionais.

Ao tratar dos conceitos jurídicos indeterminados e o controle jurisdicional, Paulo Magalhães da Costa Coelho<sup>1561</sup> afirma ser comum na Teoria Geral do Direito a utilização de conceitos tais como "bom pai de família", "boa fé", "força irresistível"; no Direito Administrativo o uso de expressões como, por exemplo, "urgência", "relevância pública", "utilidade pública", "justo preço" etc. Entende que o Poder Judiciário exercerá um controle sobre a concretização do conceito, aferindo se naquela hipótese seria ela a única solução justa, preconizada pela lei que criou o conceito jurídico indeterminado. Acresce que:

não se cuida, aqui, de substituir um juízo discricionário da administração pública pela atividade do juiz, mas tão-somente o exercício do controle jurisdicional da decisão administrativa, contrastando-a com a lei criadora do conceito jurídico indeterminado. Vale dizer, o ato de concretização de um conceito jurídico indeterminado não envolve um juízo de conveniência e

---

<sup>1561</sup> Op. cit., p. 106 e 111.

oportunidade, mas sim de interpretação e de legalidade, sendo, por isso mesmo, sujeito a controle jurisdicional.

Diogo Freitas do Amaral<sup>1562</sup> diz não haver dúvida que as leis usam muitas vezes conceitos vagos e indeterminados, mas a tarefa de determinar o sentido e o alcance desses conceitos vagos e indeterminados não é uma tarefa na qual a Administração pública disponha de um poder discricionário; pelo contrário, é uma tarefa em que a Administração está vinculada. Entende que, no fundo, trata-se de interpretar e aplicar a lei. E que a interpretação da lei (incluindo os conceitos vagos ou indeterminados) visa apurar a vontade da lei ou do legislador.

Jessé Torres Pereira Júnior<sup>1563</sup> evidencia que o ponto comum entre o conceito jurídico indeterminado e o juízo discricionário é a circunstância de ser, em ambos, particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação. No entanto, há diferença perceptível quando se separam os dois elementos essenciais da estrutura de toda norma, que são o fato e o efeito jurídico atribuído ao fato. Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato; a discricionariedade se situa no campo dos efeitos jurídicos do fato. Acrescenta que:

No tratamento do conceito indeterminado, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, no caso concreto, a coincidência ou a não coincidência entre o fato e o modelo normativo, a solução estará predeterminada - só poderá ser a da norma se houver a coincidência; a norma não incidirá, não havendo a coincidência. Logo, a liberdade do aplicador cessa quando ele identifica que o fato concreto é aquele a que se refere a norma em abstrato; por isto se diz, simplificando, que o conceito é indeterminado, em tese, porém é determinável no caso concreto.[...] Em outras palavras: a possibilidade de escolha do aplicador, no conceito indeterminado, cessa quando ele verifica que o fato do caso concreto

---

<sup>1562</sup> Op. cit., p. 132-133.

<sup>1563</sup> Op. cit., p. 67-69.

corresponde à hipótese em tese definida na norma; uma vez que coincida, é dever do aplicador seguir a norma, não dispondo de liberdade para deixar de aplicá-la. Na discricionariedade, o aplicador diante do fato concreto, vai escolher quais os efeitos que pretende dele extrair, dispondo de liberdade para adotar aqueles que lhe parecerem mais adequados, sopesando as circunstâncias de conveniência ou oportunidade, sempre que possível aferidas segundo indicadores técnicos objetivos. Segue-se que fatos de idêntico teor podem gerar soluções distintas, dependendo da análise dessas circunstâncias e da viabilidade de utilizarem-se tais indicadores. Daí a importância da lógica do razoável no exercício da discricção administrativa, que deve estar sempre vinculada à satisfação do interesse público (legitimidade), com a melhor relação possível.

Manoel Franco de Oliveira Sobrinho<sup>1564</sup> diz que ao hermeneuta o que importa é a utilidade pública declarada, conforme a lei e dentro do que a lei diz. Dá-se desvio de finalidade, excesso ou abuso de poder, quando a destinação é diferente daquela que a lei ditou. Opina que os elementos reunidos no ato expropriatório faz sem um todo, cuja característica está na indivisibilidade, a entender: a capacidade do agente ou sujeito-ativo, o objeto-fim lícito, a forma prescrita em lei e a caracterização da utilidade pública. Reforçando sua opinião, argumenta que:

Para Marcelo Caetano interessa sempre saber, mesmo em se tratando de matéria discricionária passível de impugnação por desvio de poder, "se existe ou não a utilidade pública declarada, e se os bens são ou não indispensáveis ao empreendimento (v. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1970, v. 2, p. 949). Para Garrido Falla, de igual maneira, a declaração de utilidade pública converte-se em pressuposto básico indispensável para o exercício da potestade expropriatória (v. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, 1960, v. 2, p. 235).

É certo que, pelo princípio constitucional do direito de ação, todo e qualquer expediente destinado a dificultar que a parte exerça a sua defesa no processo civil atenta contra o princípio de ação<sup>1565</sup>. Não obstante, o art. 9º do

---

<sup>1564</sup> Desapropriação. Declaração de utilidade pública. Ato administrativo. Mandado de segurança. Desvio de Poder. *Revista de Direito Administrativo*, v. 112, p. 395.

<sup>1565</sup> Nelson Nery Júnior observa que, pelo princípio constitucional do direito de ação, princípio processual derivado do *due process* na Constituição, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Ensina, ainda, que: O direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a

Dec.-lei n. 3.365/1941 estabelece que ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Sobre esse tema, opina Paulo Magalhães da Costa Coelho<sup>1566</sup> que, não obstante a presença da legislação infraconstitucional, o Poder Judiciário não está impedido de formular juízo dessa magnitude, em face do disposto no art. 5º, XXXV, da CF, que estabelece em termos amplos a garantia de acesso à jurisdição. Daí entender que o art. 9º da Lei das Desapropriações careceria de legitimidade em face da nova ordem constitucional, embora tenha a jurisprudência majoritária se posicionado em sentido contrário.

Paulo Magalhães da Costa Coelho<sup>1567</sup> entende, ainda, que uma nova postura diante dos conceitos jurídicos indeterminados reclama um questionamento e um rompimento com a tradição formalista-individualista e conservadora que não mais encontra apoio na Constituição Federal. No exercício do controle dos conceitos jurídicos indeterminados reclama-se agora um ir além, com um Poder Judiciário que garanta o Estado de Direito, mas que seja ainda partícipe do processo político, garantidor e concretizados, na dimensão ativa, dos reclamos do Estado Social de Direito.

---

decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial. Assim, podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito. Como o objeto do direito subjetivo de ação é a obtenção da tutela jurisdicional do Estado, deve entender-se por realizado o direito subjetivo de ação assim que pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor.[...] Em igual medida, todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça sua defesa no processo civil atenta contra o princípio da ação e, por isso, deve ser rechaçado. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, op. cit., p. 100 e 103-104.

<sup>1566</sup> Op. cit., p. 112.

<sup>1567</sup> Op. cit., p. 132.

Kazuo Watanabe<sup>1568</sup>, ao indicar várias utilizações do procedimento de cognição parcial e exauriente, diz que no processo de desapropriação, o art. 9º do Decreto-lei n. 3.365/41, cuja constitucionalidade é duvidosa, se aplicado em combinação com o art. 35 da mesma lei e com o princípio da afetação da coisa pela sua destinação a um fim público (impossibilidade de reivindicar, cabendo ao proprietário apenas o direito de indenização), pois leva à perda da propriedade sem o controle, pelo Judiciário, da relevante questão do atendimento das exigências da Lei Maior quanto à desapropriação (necessidade ou utilidade pública ou interesse social).

O art. 20 do Dec.-lei n. 3.365/1941, por sua vez, dispõe que a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

Sérgio Ferraz<sup>1569</sup> observa que o art. 20 do Decreto-lei n. 3.365/1941 delimita, com nitidez, o âmbito da defesa judicial, em tema de desapropriação, limitando o ainda proprietário a alegar vícios de constituição da própria relação processual instaurada para tornar efetiva a desapropriação, ou a discutir o valor da indenização oferecida. Acrescenta que:

Como se verifica, da atenta leitura do preceito, a delimitação supra exposta somente incide sobre a própria ação de desapropriação, pois "qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta". Advirta-se o leitor quanto ao elastério da fórmula legal: qualquer questão, pertinente à desapropriação, pode ser objeto de pronunciamento jurisdicional. Vigora, pois, em sua integridade, mesmo no particular, o mandamento constitucional que constitui a pedra-de-toque da afirmação, em nosso ordenamento positivo, do Estado de Direito: toda lesão de direito (exceto ressalvas expressas na própria Constituição) pode ser objeto de pedido de proteção jurisdicional. No que interessa de imediato ao problema ora sob exame, a única exigência deduzida pelo legislador é a de que a prestação seja postulada "por ação direta". As peculiaridades que cercam a lide em exame, e seus antecedentes, tornam

---

<sup>1568</sup> *Da cognição no processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005, p. 134-135.

<sup>1569</sup> Desapropriação de bens estaduais: Efetivação por outro Estado - inadmissibilidade. *RDP*, v. 30, p. 67.

supérfluo o estudo da constitucionalidade das limitações consagradas nos arts. 9º e 20 do Decreto-lei n. 3.365. mas é expressivo lembrar que as autorizadas vozes, dentre outras, de Clóvis Beviláqua ("Código Civil Comentado", 6º ed., vol. III/137); Francisco Campos ("Direito Constitucional", vol. I/188); Orosimbo Nonato (Parecer, no vol. 68/373, da RDA) e Pontes de Miranda ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969", tomo V/461), já haviam repellido toda e qualquer vedação ao debate da legitimidade do ato declaratório de utilidade pública, na própria ação de desapropriação. Pontes chega a destacar a falácia da ressalva lançada no art. 20 do Decreto-lei n. 3.365, pois como obtempera: "...a sentença na ação pode não vir a tempo de obstar a desapropriação... e a reivindicação é excluída pelo art. 35 do Decreto-lei n. 3.365, ... também ele, contrário à Constituição de 1946" (ob. Cit., pág. 448). E conclui, com irretorquível lógica que o constituinte, ao vedar que a lei excluísse da apreciação judicial qualquer lesão a direito individual, não lhe permitiu, é curial, que se deixasse a ações tardias a apreciação de atos que, sem o exame imediato, estariam consumados. Seguramente, nem Pontes, nem os demais renomados tratadistas antes referidos, de leve sonharam que, bizantinamente, ainda haveria quem se detivesse a restringir a extensão de expressão "ação direta", consignada no art. 20 do diploma expropriatório básico".

Entretanto, Sérgio Ferraz<sup>1570</sup> conclui que:

A juridicidade da própria declaração de utilidade pública não fica, contudo, isenta de controle jurisdicional. Tão apenas, mal ou bem, veda-se sua veiculação na ação de desapropriação. Por conseqüência, em ação própria, específica, autônoma, poder-se-á discutir qualquer outra questão ensejadora da caracterização do desvio ou abuso de poder, de declaração de utilidade pública. Tratar-se-á de ação cujo fim direto, específico, é a declaração de ilegalidade do ato impugnado, e a imposição das conseqüências então cabíveis. A discussão de tais problemas, na ação de desapropriação, teria um cunho de exceção, oposição ou impugnação. Sob um prisma formal indiretamente, por via de defesa, se chegaria então, se não existisse a vedação dos arts. 9º e 20, à declaração de ilegalidade do ato administrativo (com as conseqüências traçadas no art. 35 do Decreto-lei n. 3.365, dispositivo de polêmica e tormentosa interpretação).

Rubem R. Nogueira<sup>1571</sup> ressalta que no regime constitucional de 1937 eliminou-se a garantia da prévia indenização (art. 122, n. 14). Pelo ato expropriatório, o titular da propriedade seria apenas indenizado, mantendo, todavia, de forma expressa, a condição da necessidade ou utilidade

---

<sup>1570</sup> Op. cit., p. 69.

<sup>1571</sup> Controle judicial das desapropriações por interesse público. Revista de Direito Público, v. 30, p. 7.

pública. Veio, então, o Decreto-lei regulamentar esse dispositivo, proibiu a discussão dos motivos da desapropriação no processo da ação expropriatória (arts. 9º e 20) e ainda introduziu a novidade de que os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não poderiam ser objeto de reivindicação, mesmo fundada em nulidade do processo expropriatório.

Entende o mencionado autor que o legislador de 1941, como o de 1903 em relação ao art. 72, § 17, não foi fiel ao art. 122, n. 14, que tornava a exigência da necessidade ou utilidade pública uma questão constitucional, como tal sujeita ao controle dos tribunais. Argumenta que:

O impedimento de discutir os motivos da desapropriação resulta, pois, direta e exclusivamente da lei ordinária. Mas a questão de ser ou não ser de necessidade ou utilidade pública (hoje, também, "por interesse social") a desapropriação, sempre foi uma questão constitucional. Os textos fundamentais de 1824, 1891, 1935, 1937 e 1946 (tanto quanto o vigente), todos eles, garantiam o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública e não salvo as exceções que viessem a ser definidas em lei. A Constituição é que sempre submetia esse direito a uma só exceção, designadamente consubstanciada na "necessidade ou utilidade pública". Se, pois, constitucional é a ressalva, parece não caber ao legislador comum, sujeito que é e não superior à Constituição, impedir o Judiciário, "guarda da Constituição contra a legislação e desta contra a administração", conforme o pensamento ruiano, de exercer a sua competência verificadora dessa questão constitucional<sup>1572</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>1573</sup> defende que nos casos em que há limitação da defesa, o direito do autor acaba recebendo um tratamento privilegiado à custa da posição do réu. No entanto, entende que seria equivocado supor que os procedimentos que limitam a defesa, como o procedimento da ação de desapropriação (Dec.-lei 3.365/1941, especialmente o art. 20), são, por esse simples fato, inconstitucionais, na medida em que determinadas situações de direito substancial exigem tratamento diferenciado. Acresce que:

---

<sup>1572</sup> Op. cit., p. 7-8.

<sup>1573</sup> *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 379-380.

Se um procedimento pode restringir o direito de alegação e prova para dar efetividade à tutela do direito material, isso não quer dizer que o direito de defesa, considerado em relação a esse procedimento, tenha sido violado, desde que se permita ao réu invocar tal questão por meio de ação inversa posterior. Embora seja plenamente possível impedir a alegação e a prova em um procedimento diferenciado - de cognição parcial -, não é possível proibir a alegação e a prova perante o Poder Judiciário. Ou seja, a restrição da cognição no sentido parcial não pode impedir o réu de levar ao Judiciário, através de outra ação, a questão excluída. O direito de invocar a questão objeto da restrição decorre do direito de defesa ou do direito de afirmar lesão ou ameaça de direito diante do Poder Judiciário. Tome-se em consideração o já referido procedimento da desapropriação onde se afirma que "a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta" (art. 20 do Dec.-lei 3.365/41). Essa norma define os limites da defesa na ação de desapropriação, mas obviamente não exclui a possibilidade da discussão da questão restringida através de outra ação. Por isso mesmo, o art. 20, em sua parte final, apressa-se em esclarecer que o réu poderá discutir "qualquer outra questão" por meio de ação própria. O objetivo dessa norma é definir a defesa que pode ser apresentada na ação de desapropriação, e não eliminar a possibilidade de o desapropriado discutir questões que poderiam impedir a desapropriação. De outro modo estaria sendo violado o direito de defesa e o princípio da inafastabilidade. Como está claro, a lei, ao dar os contornos de um procedimento de cognição parcial, pode impedir o réu de alegar determinada questão, mas certamente não pode eliminar o seu direito de discuti-la em juízo. A simples restrição do direito à alegação não pode ser dita inconstitucional. A violação ao núcleo essencial do direito de defesa somente se dará se a lei impedir a parte de invocar a alegação excluída perante o Poder Judiciário.[...] O que se deve verificar, portanto, em cada hipótese de procedimento de cognição parcial, é a razão de ser da limitação da cognição no sentido horizontal ou, em outros termos, da tutela jurisdicional célere e imunizada pela coisa julgada material em detrimento da cognição das "exceções reservadas" (alegações de defesa restringidas). Importa conhecer, nessas hipóteses de limitação do direito de defesa, em nome do que o legislador constrói o procedimento especial. Não basta a simples e óbvia resposta de que o procedimento foi construído para propiciar a celeridade da justiça. Em nome da celeridade da justiça não poucas injustiças podem ser cometidas. É necessário saber se a situação de direito material privilegiada pelo legislador merece tratamento diferenciado em face das tutelas dos direitos e das normas constitucionais.[...] Se não há dúvida de que a restrição à matéria de defesa significa uma limitação ao direito de defesa, é evidente que tal restrição deve encontrar justificativa na necessidade de tutela dos direitos e na Constituição Federal. Em outras palavras, é preciso saber se o direito material que está sendo tutelado de forma "diferenciada" justifica a restrição da defesa. Há situações em que a tutela do direito depende de um procedimento que restrinja o direito de defesa.[...] Na hipótese da ação de desapropriação, a limitação do direito de defesa é feita para propiciar efetividade ao poder de desapropriar do Poder Público, nele encontrando respaldo.



Segundo Moraes Salles<sup>1574</sup>, deveria ser permitido o debate de matéria relativa à inexistência da utilidade pública alegada pela Administração para promover a expropriação no curso do processo de desapropriação. Não concorda com o ponto de vista dos que entendem que tal discussão entravaria o rápido andamento do feito expropriatório, porque, havendo urgência, o expropriante poderá fazer uso da faculdade que lhe foi outorgada pela Lei de Desapropriações (art. 15) e pelo Dec.-lei 1.075, de 22-1-1970, imitando-se provisoriamente na posse dos bens desapropriandos. Assim, questão de primordial importância já ficaria decidida na própria ação expropriatória. Seria atendido, por outro lado, o princípio da economia processual, poupando-se às partes as despesas da ação direta, bem como o acréscimo de trabalho a essas mesmas partes e à Justiça. Todavia confirma que, na atualidade, *legem habemus*, deve ser observado o que prescreve o art. 9º do Dec.-lei 3.365/1941, dispositivo esse que não pode ser tido como inconstitucional.

Carlos Ari Sunfeld<sup>1575</sup> defende que a procedência da ação expropriatória jamais poderia ser decretada sem exame da validade da declaração de utilidade pública. Argumenta no sentido de:

Se é o juiz quem decreta a desapropriação, não lhe é possível deixar de indagar a respeito da presença de seus pressupostos jurídicos - isto é, da ocorrência ou não da utilidade pública ou interesse social alegados pela autora. A omissão judicial a respeito tem tanta justificativa lógica quanto teria a de um juiz criminal que, ante a denúncia do Ministério Público - um ato público, afinal, praticado pelo Estado - se sentisse obrigado a tomá-la por verdadeira e a limitar sua própria função na ação penal à de mero acerto, de fixação da pena cabível. Curiosamente, porém, no que tange à ação de desapropriação, caminhou-se em jurisprudência por um caminho distinto. Nossa lei de desapropriações - O Decreto-lei n. 3.365/41 - surgiu em pleno Estado Novo, na

---

<sup>1574</sup> Op. cit., p. 263.

<sup>1575</sup> Introdução ao direito processual público: o direito processual e o direito administrativo. *In Direito processual público: a Fazenda Pública em Juízo*. 1. ed., 2. tiragem. Coords. Carlos Ari Sunfeld e Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22-24.

vigência da Constituição autoritária de 1937, da qual resultava um direito administrativo de exceção, que evidentemente privilegiava os poderes do Estado em detrimento dos possíveis direitos ou situações patrimoniais das pessoas comuns. Pois a lei esculpiu uma ação de desapropriação própria de um direito material de exceção, vale dizer, uma ação também de exceção: proibiu ao juiz respectivo o exame da validade do ato de declaração de utilidade pública (art. 20), o que era totalmente coerente com a idéia básica de um regime autoritário, qual seja, a de que os atos do Governo não poderiam ser censurados judicialmente.[...] Com a transformação do princípio do devido processo legal em norma expressa pela Constituição de 1988, houve alguma movimentação para rediscutir o assunto, no sentido de dar prevalência à tese de que a questão da validade da declaração de utilidade pública é, sim, tema pertinente à desapropriação, pois do contrário haveria uma limitação indevida do direito de o réu atuar processualmente na defesa de seu interesse. No entanto, foram inúteis tais esforços, estando ainda em vigor, até hoje, a jurisprudência em sentido oposto, que foi entendida como compatível com a nova Constituição.

Rubem R. Nogueira<sup>1576</sup> observa que de pouco ou nada vale permitir a revisão da legitimidade da desapropriação por interesse público mediante ação direta (fora do processo expropriatório), se não fica assegurada a preservação final do bem atingido pelo ato nulo. Deixa claro que:

A lei só permite, na fase judicial da expropriação, a impugnação do preço oferecido ou a denúncia de vício do processo respectivo, e ainda veda a reivindicação do bem incorporado à Fazenda Pública, mesmo em havendo nulidade processual. Por onde se vê que, não admitindo a discussão dos pressupostos constitucionais da desapropriação, o legislador comum despoja o direito de propriedade de sua garantia constitucional, o que deve abrir a instância judicial do controle de constitucionalidade dos atos legislativos.[...] É certo que os juízes ainda não se desembaraçaram das aparentes dificuldades criadas pelo legislador da ditadura de 1941, com o seu conceito de desapropriação como um puro tema de Direito Administrativo, e não participante também do Direito Constitucional e Processual.

Realmente, a vedação e a limitação contida no Dec.-lei n. 3.365/1941, arts. 9º e 20, choca-se com o "espírito cidadão" da Constituição

---

<sup>1576</sup> Op. cit., p. 8.

Federal de 1988<sup>1577</sup>. A propriedade é um direito constitucionalmente garantido (art. 5º, XXII, CF). Ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). A desapropriação só pode ser intentada em caso de necessidade ou utilidade pública ou interesse social (art. 5º, XXIV, CF). Além do que foram assegurados a todos, no âmbito judicial e administrativo, os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), e todo e qualquer expediente destinado a dificultar que a parte exerça sua defesa no processo civil atenta contra o princípio constitucional do direito de ação (art. 5º, XXXV, CF). Garantiu-se, ainda, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).

Deve ser permitido ao expropriando, ao responder a ação de desapropriação, atacar a legalidade do decreto expropriatório, já que, em não sendo caso de necessidade ou utilidade pública ou interesse social, faltarão à Administração Pública um dos elementos impostos pela Constituição para a utilização do instituto expropriatório.

Por outro lado, não se há de falar que a discussão dessa questão, no curso da ação de desapropriação, atrasaria a prestação jurisdicional solicitada pelo órgão expropriante, e que tal fato poderia comprometer o interesse público. É que, se houver urgência na consecução do bem expropriado, a Administração Pública poderá requerer a imissão provisória na posse dos bens expropriandos, conforme previsto no art. 15 do Dec.-lei n. 3.365/1941. Além do que se estaria prestigiando o princípio da economia processual.

---

<sup>1577</sup> Rui Barbosa, ao comentar o texto do art. 10, do Decreto n. 4.956, de 9-9-1903, que impedia qualquer reclamação ou contestação contra a desapropriação resultante da aprovação dos planos e plantas por decreto, entendeu que quando o art. 72, § 17, da Constituição de 1891, subordinava o poder de desapropriar, pelo governo, a motivos de necessidade ou utilidade pública, convertia a condição da necessidade ou utilidade pública numa questão constitucional, e assim sendo tornava-se impossível impedir o seu exame pelo judiciário, para evitar lesão de direito individual, no próprio processo da desapropriação. *Apud* Rubem R. Nogueira, op. cit., p. 6.

Assim, não se há de falar que a discussão dessa questão, no curso da ação de desapropriação, atrasaria a prestação jurisdicional solicitada pelo órgão expropriante, e que tal fato poderia comprometer o interesse público. É que, se houver urgência na consecução do bem expropriado, a Administração Pública poderá requerer a imissão provissória na posse dos bens expropriandos, conforme previsto no art. 15 do Dec.-lei n. 3.365/1941. Além do que se estaria prestigiando o princípio da economia processual.

Entretanto, o entendimento majoritário é no sentido de se permitir ao Judiciário que faça o exame da existência da necessidade ou utilidade pública ou interesse social no caso concreto, todavia, não no processo de desapropriação, mas por meio de ação direta.

Ação direta, no contexto do art. 20, segundo Sérgio Ferraz<sup>1578</sup>, equivale à ação própria, específica, autônoma, na qual qualquer questão idônea, para acoimar o ato expropriatório de ilegal, pode ser alegada e diretamente examinada, provada, debatida e decidida, não como pressuposto da eventual sentença, mas como seu objetivo precípuo. Entende que, quando a lei se referiu à ação direta, não estabeleceu qualquer limitação, podendo o autor da eventual ação direta ajuizá-la sob qualquer das modalidades processualmente previstas, incumbindo-lhe tão apenas observar os respectivos pressupostos de ajuizamento.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que: "A ação direta, a que se refere o art. 20 da Lei de Desapropriações, não exclui o mandado de segurança, desde que reunidos os seus pressupostos. Dissídio jurisprudencial

---

<sup>1578</sup> Op. cit., p. 69.

superado"<sup>1579</sup>. "Ação de desapropriação. Alegação de abuso de poder, não apreciada pela justiça local, porque a argüida inconstitucionalidade do art. 9º, do Dec.-lei 3.365/41 seria mais apropriada na 'ação direta', que o art. 20 facultava ao expropriado. Divergência não comprovada. Recurso extraordinário não conhecido"<sup>1580</sup>.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que:

Correta a decisão que, em desapropriação, malgrado entenda poder se consubstanciar no mandado de segurança a ação direta do artigo 20 do Decreto-lei n. 3.365/1941, confirma a carência de ação do autor, em razão de ser necessária, *in casu*, dilação probatória, inadmissível em sede de ação mandamental. Merece temperamentos a interpretação do artigo 9º da Lei de Desapropriação, segundo o qual fica excluída da apreciação judicial, no processo expropriatório, a verificação dos casos de utilidade pública. Como é cediço, por força de tal disposição legal, é vedado ao Poder Judiciário, na ação de desapropriação, decidir sobre a ocorrência do caso de utilidade pública, mas não está impedido de apreciar o fundamento destas. Na estrita via do *writ of mandamus*, se é impossível a prova da situação fática à época da declaração de utilidade pública, inadmissível perquirir-se a razão de tal declaração. Na espécie, indicada a finalidade do ato declaratório de utilidade pública (instalação de edifício público par servir de Centro Cultural), não há falar em desvio de poder<sup>1581</sup>.

Fere o espírito da Lei de Desapropriação decisão judicial que autoriza o debate de questões estranhas ao valor da indenização nos próprios autos do processo desapropriatório. 2. Se, por um lado, o procedimento previsto no art. 20 do Decreto-Lei n. 3.365/41 parece contrariar o princípio da economia processual, por outro tem o mérito de proporcionar maior agilidade ao processo desapropriatório, aspecto de não menos relevância que acabou por determinar a conduta do legislador, pautada nos princípios da maior eficiência e celeridade

---

<sup>1579</sup> STF, Tribunal Pleno, RE 85550, rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 15-9-1978, p. 6988. No mesmo sentido: STF, 2ª T., MS 19961/DF, v. u., rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 8-8-1974, p. 5385. Em sentido contrário: "Desapropriação por necessidade ou utilidade pública e também por interesse social. Interesse social ligado ao desenvolvimento dos desportos, tanto que a lei federal estabeleceu as bases de sua organização em todo o País. Cabe ao Judiciário verificar, em cada caso, se existe a razão justificativa do ato expropriatório. Mas se a lei não permite que esse exame se faça no processo de desapropriação (art. 9º do Dec.-Lei 3.365, de 1941), também não poderá ser feito em mandado de segurança, num caso em que não é possível, de plano, negar a existência do interesse social invocado para a desapropriação", STF, 1ª T., RMS 2166, rel. Min. Luiz Gallotti, 23-8-1954, p. 2702.

<sup>1580</sup> STF, 1ª T., RE 57547/MG, rel. Min. Victor Nunes, DJ 7-6-1968, s/p.

<sup>1581</sup> STJ, 1ª T., REsp 34399/SP, v. u., rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 19-12-1994, p. 35267.

processual. 3. As decisões proferidas em sede de cognição limitada não são, de regra, vocacionadas à coisa julgada material, por isso, nada impede que eventuais matérias excluídas por lei da apreciação judicial, por razões de política judiciária, sejam examinadas em outra ação. 4. Em sede de ação desapropriatória, é descabida a utilização da via dos embargos de terceiro pelo possuidor do bem imóvel, seja em razão da absoluta incompatibilidade da medida com o procedimento expropriatório, cuja essência pressupõe naturalmente a perda da posse do imóvel expropriado, seja em face da impertinência da argumentação que, *in casu*, ampara o pleito da parte, voltada para o não-enquadramento da ação, nas hipóteses que configuram o interesse social<sup>1582</sup>.

A contestação, segundo a lei que regula o processo das desapropriações, só pode versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço, não se prestando o mandado de segurança para interferir no curso normal do pedido expropriatório<sup>1583</sup>.

Seguindo a orientação dos Tribunais Superiores, os demais Tribunais vêm decidindo que: "Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública (art. 9º, Decreto-lei 3.365/41), devendo o exame de eventual desvio de finalidade ser submetido à via judicial própria. Não constitui vedação à prolação da sentença (no caso, homologatória de acordos), por via de consequência, a alegação do MPF, da necessidade de verificação da real necessidade da extensão do imóvel pretendida pelo expropriante: na espécie, para a instalação do Centro de Lançamento de Alcântara - CLA. 2. Constitui matéria estranha à causa de pedir da desapropriação, de igual modo, a afirmativa, do mesmo órgão, de que remanescem na área do imóvel descendentes das comunidades dos quilombos, pois o direito dessas comunidades ao domínio das áreas que ocupem, se e quando reconhecido (art. 68, ADCT/88), não impede a desapropriação"<sup>1584</sup>. "A contestação só poderá versar sobre vício no processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta". Art. 20 do

<sup>1582</sup> STJ, 2ª T., REsp 353382/PB, v. u., rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 26-5-2006, p. 236.

<sup>1583</sup> STJ, 2ª T., RMS 1557/MG, v. u., rel. Min. Hélio Mosimann, DJ 24-5-1993, p. 9990.

<sup>1584</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 20030100022666-8/MA, v. u., rel. des. Olindo Menezes, DJ 15-4-2005, p. 17.

Decreto-Lei 3.365/41"<sup>1585</sup>. "Mandado de segurança. Ato administrativo. Decreto expropriatório declarativo de utilidade pública. Invalidação pretendida. ADM - Pretensão de ação direta, no art. 20 do Decreto-lei 3.365/41, que não exclui o *writ*. Art. 9º, do referido diploma legal, que apenas veda a controvérsia no processo de desapropriação. Segurança concedida"<sup>1586</sup>.

Pode ocorrer, ainda, que após a transferência do bem ao domínio particular, não seja observada a finalidade prevista no decreto expropriatório, caso em que, o referido bem poderá ou não ter sido utilizado em prol de uma outra utilidade pública.

Antônio de Pádua Ferraz Nogueira<sup>1587</sup> diz decorrer da lei que o bem expropriado deve ter finalidade determinada, vedando-se o seu desvio para outra despida das características de necessidade pública de utilidade pública ou de interesse social. Ressalta, todavia, ser justificável a "tresdestinação", ou "tredestinação" se o bem for usado para finalidade pública análoga, com bom emprego em benefício do interesse coletivo. Mas que, fora dessa hipótese, não alcançando a desapropriação a sua finalidade, o ato expropriatório torna-se anulável, apresentando-se nítido o direito de retrocessão, como consequência constitucional, pois a desnaturaçãõ do fim caracteriza verdadeiro abuso de poder, ainda que seja ele, em princípio, revestido de legalidade.

Moraes Salles<sup>1588</sup>, citando magistério de Pontes de Miranda, esclarece o sentido dos vocábulos adestinação, desdestinação e tredestinação.

---

<sup>1585</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 20014300001065-5/TO, v. u., rel. des. Carlos Olavo, DJ 31-5-2005, p. 50.

<sup>1586</sup> TJSP, CC IV 13, MS 148229 2/SP, rel. Isidoro Carmona, j. 17-12-1991. Disponível em <[http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia?url=/acervo/principal.nsf/P\\_Ementa?OpenForm&opção=Jurisprudência%20-%20Ementas%20-%20Tribunal%20de%20Justiça%20de%20São%20Paulo&urlVoltar=/wps/portal/home](http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia?url=/acervo/principal.nsf/P_Ementa?OpenForm&opção=Jurisprudência%20-%20Ementas%20-%20Tribunal%20de%20Justiça%20de%20São%20Paulo&urlVoltar=/wps/portal/home)>. Acesso em 20-2-2006.

<sup>1587</sup> Problemática e implicações da revogação do ato expropriatório. Op. cit., p. 25.26.

<sup>1588</sup> Op. cit., p. 828.

A destinação é o não emprego do bem na finalidade para o qual fora desapropriado. Não há outro uso do bem, mas, sim, a sua não utilização. A desdestinação é o ato pelo qual se desveste de sua destinação pública o bem, para fazê-lo volver à categoria de propriedade privada. Implica em desafetação do bem, ou seja, supressão da afetação, que é a utilização do bem em obra ou serviço público. A tresdestinação (ou tredestinação) significa outro uso do bem desapropriado, ou seja é o desvio da finalidade para a qual a desapropriação foi efetuada.

Nos termos do art. 519 do Código Civil, se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para o qual se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa<sup>1589</sup>.

A retrocessão, no entendimento de Regis Fernandes de Oliveira<sup>1590</sup>, implica o direito do expropriado de retomar a propriedade do imóvel que lhe fora retirado compulsoriamente pelo poder público. Assinala que para Oliveira Cruz a retrocessão é um instituto de direito público, destinado a fazer voltar ao domínio do desapropriado os bens que saíram do seu patrimônio, por efeito de uma desapropriação por utilidade pública. E que a retrocessão tem uma feição real porque significa um direito que só se desliga do imóvel quando preenchidos os fins determinantes da desapropriação. Conclui ser a retrocessão mero corolário do direito de propriedade, constitucionalmente consagrado, decorrendo do direito emergente da não-utilização do bem desapropriado para um fim de interesse público. O autor ressalta que:

---

<sup>1589</sup> O Código Civil de 1916, em seu art. 1.150, estabelecia que: "A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou".

<sup>1590</sup> Retrocessão no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, v. 166, p. 19 e 22-23.



parece-nos que no caso de o poder público alterar a finalidade para que houvera decretado a desapropriação não existe o direito à retrocessão.[...] Assim, se desapropriado imóvel para a construção de uma escola, mas constrói-se um hospital, não nos parece ter havido "desvio de poder" ou de "finalidade". Simplesmente houve desvio do fim imediato, mas perdura o fim remoto. O interesse público maior, presente no ordenamento jurídico, ficou atendido. Simplesmente, por interesses imediatos do poder público, mas sempre dentro da competência outorgada pela legislação, o agente entendeu de dar outra destinação à coisa expropriada.[...] A doutrina é remançosa em afirmar a possibilidade de ser o bem empregado em outra finalidade diversa da alegada no decreto expropriatório ou na lei, desde que também de utilidade pública. A jurisprudência a respeito é farta. Mais recentemente decidiu-se que "não cabe retrocessão quando o imóvel expropriado tem destino diverso, mas de utilidade pública" (RDA, 127/440).[...] Já diversa é a consequência quando o imóvel não é utilizado para qualquer fim, ficando ele sem destinação específica, implicando, praticamente, o abandono do imóvel. Daí surge, realmente, o problema da retrocessão.

Mário Roberto N. Velloso<sup>1591</sup> informa que, ocorrendo destinação diversa do bem expropriado para outra finalidade, igualmente de utilidade pública, entende a doutrina e a jurisprudência não haver irregularidade alguma. Se o bem for desapropriado para a construção de uma escola, e em seu lugar for erigido um hospital, permanece o fundamento válido para a desapropriação, de modo a não ter o particular justificativa para insurgir-se contra tal mudança.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal entende que: "[...] embora o bem desapropriado não tenha merecido o destino, originariamente invocado, justificadamente, sua utilização pelo poder desapropriante não perdeu a característica de utilidade pública, segundo jurisprudência assente do STF"<sup>1592</sup>. "Incabível a retrocessão ou ressarcimento se o bem expropriado tem destino diverso mas de utilidade pública"<sup>1593</sup>. "Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre inexistência do direito de retrocessão, ou de preempção legal, quando, modificada a destinação primitiva, declarada no ato expropriatório, a

---

<sup>1591</sup> Op. cit., p. 139.

<sup>1592</sup> STF, 2ª T., RE 74717/GB, rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 6-6-1975, s/p.

<sup>1593</sup> STF, Tribunal Pleno, ERE 74717/GB, rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 6-6-1975, s/p.

coisa desapropriada ainda for empregada para fim de utilidade pública, isto é, quando a destinação não perder a característica de utilidade pública.[...] O fato da não utilização da coisa expropriada não caracteriza, só por si, independente das circunstâncias, desvio do fim da desapropriação"<sup>1594</sup>.

O mesmo entendimento vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça que tem decidido: "Não há falar em retrocessão se ao bem expropriado for dada destinação que atende ao interesse público, ainda que diversa da inicialmente prevista no decreto expropriatório"<sup>1595</sup>. "Não se caracteriza a ilegalidade do ato expropriatório perpetrado pela Administração se o bem desapropriado vem a cumprir a finalidade pública a que se destina, embora com a instalação de outras atividades que não as pretendidas originariamente. Precedente da 1ª Turma do STJ: REsp 710.65/SP rel. Min. José Delgado, DJ de 6-6-2005"<sup>1596</sup>. "Não há falar em retrocessão se ao bem expropriado for dada destinação que atende ao interesse público, ainda que diversa da inicialmente prevista no decreto expropriatório"<sup>1597</sup>. "Esta Superior Corte de Justiça possui jurisprudência dominante no sentido de que não cabe a retrocessão no caso de ter sido dada ao bem destinação diversa daquela que motivou a expropriação. 4. Os autos revelam que a desapropriação foi realizada mediante escritura pública para o fim de implantação de um Parque Ecológico, o que traria diversos benefícios de natureza ambiental em face dos já tão conhecidos problemas relativos à poluição sofridos pela população daquela região. O imóvel objeto da expropriação foi afetado para instalação de um pólo industrial metal-mecânico, terminal intermodal de cargas rodoviário, um centro

---

<sup>1594</sup> STF, 2ª T., RE 64559/SP, Rel. Min. Eloy da Rocha, DJ 21-5-1971, p. 2301.

<sup>1595</sup> Consta da ementa que: "Na hipótese dos autos, a Corte de origem é categórica ao afirmar que, mesmo que admitido o desvio de finalidade na real utilização do imóvel expropriado, 'está seguramente provado nos autos, através da prova pericial, que a nova finalidade, substitutiva, reveste-se igualmente de interesse público". STJ, 1ª T., REsp 662664/DF, v. u., rel. Min. Denise Arruda, DJ 30-6-2006, p. 168.

<sup>1596</sup> STJ, 1ª T., REsp 800108/SP, v. u., rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 20-3-2006, p. 212.

<sup>1597</sup> STJ, 1ª T., REsp 847092/SP, v. u., rel. Min. Denise Arruda, DJ 18-9-2006, p. 291.

de pesquisas ambientais, um posto de abastecimento de combustíveis, um centro comercial com 32 módulos de 32m. cada, um estacionamento, restaurante/lanchonete. 5. Não demonstrado favorecimento a pessoas de direito privado: Finalidade pública atingida"<sup>1598</sup>.

Por sua vez, o desvio de finalidade já foi constatado pelo Superior Tribunal de Justiça nas seguintes situações: "A utilização de parte do imóvel desapropriado como sede da associação dos servidores do ente expropriante, reservadas à recreação e lazer de seus associados, constitui tredestinação ilícita que torna cabível a retrocessão diante da ausência de utilidade pública da desapropriação"<sup>1599</sup>. "Evidenciado o desvio de bem que, destinado à construção de uma quadra esportiva, veio a ser cedido para construção de 'Loja Maçônica'. Infringência ao art. 1.150 do Código Civil". Resolver-se-á em perdas e danos o conflito surgido com o desvio de finalidade do bem expropriado"<sup>1600</sup>. "*In casu*, depreende-se dos autos que não foi dada ao imóvel a finalidade prevista no decreto expropriatório, porquanto a propriedade fora cedida a terceiro para exploração de borracharia"<sup>1601</sup>. "*In casu* porém, do exame acurado dos autos ficou demonstrado o desvio de finalidade de parcela do bem expropriado, que restou em parte abandonado, foi destinado a pastagens e à plantação de hortas, sem restar caracterizada qualquer destinação pública. Como bem ressaltou o r. Juízo de primeiro grau, 'pelo exame da prova coligada nos presentes autos, entendo-se esta pelo laudo pericial e depoimentos testemunhais, vê-se que, de fato a área remanescente do imóvel desapropriado não foi utilizada pelo Poder Público, ou seja, àquela área não fora dada destinação pública, ainda que diversa da que ensejou o processo expropriatório'. No mesmo diapasão, o d. *Parquet* estadual concluiu que se caracteriza, 'claramente, o desvio de finalidade

---

<sup>1598</sup> STJ, 1ª T., REsp 710065/SP, v. u., rel. Min. José Delgado, DJ 6-6-2005, p. 216.

<sup>1599</sup> STJ, 2ª T., REsp 647340/SC, v. u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 29-5-2006, p. 208.

<sup>1600</sup> STJ, 2ª T., REsp 43651/SP, m. v., rel. Min. Eliana Calmon, DJ 5-6-2000, p. 135.

<sup>1601</sup> STJ, 1ª T., REsp 623511/RJ, v. u., rel. Min. Luiz Fux, DJ 6-6-2005, p. 186.

na conduta do Administrador Público que, além de desapropriar área infinitamente maior do que a efetivamente utilizada, ainda permitiu que particulares dela usufruíssem, prejudicando, à evidência, o direito dos autores'. Este signatário filia-se à corrente segundo a qual a retrocessão é um direito real. Na espécie, contudo, determinar a retrocessão da parte da propriedade não destinada à finalidade pública nesta via extraordinária, em que não se sabe seu atual estado, seria por demais temerário. Dessa forma, o município recorrido deve arcar com perdas e danos, a serem calculados em liquidação por arbitramento. A hipótese vertente não trata de matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se de qualificação jurídica dos fatos, que não se confunde com matéria de fato<sup>1602</sup>.

Verifica-se, pois, que só haverá direito à retrocessão quando a finalidade imprimida ao bem expropriado não atender ao interesse público. Caso o bem expropriado seja utilizado para outra finalidade que não a constante do ato declaratório, mas, ainda assim, atender ao interesse público, não há de se falar em direito à retrocessão.

Muito se discute sobre a natureza jurídica do direito de retrocessão. Para alguns trata-se de direito pessoal, representando, portanto, um mero direito de preferência do expropriado e, não sendo observado, resolve-se no pagamento de perdas e danos. O bem, portanto, não voltaria ao patrimônio do expropriado. Para outros, o direito à retrocessão apresenta natureza real. Fundamentam-se no art. 5º, incs. XXII e XXIV, da Constituição Federal. Ainda há autores que defendem uma natureza mista, de direito pessoal e real. Para essa corrente, o expropriado pode optar entre reaver o bem ou ser ressarcido pelas perdas e danos.

---

<sup>1602</sup> STJ, 2ª T., REsp 570483/MG, v. u., rel. Min. Franciulli Netto, DJ 30-6-2004, p. 316, RSTJ, v. 191, p. 215.

Mário Roberto N. Velloso<sup>1603</sup> informa que Ebert Chamoun, Clóvis Beviláqua, Celso Antonio Bandeira de Melo e José Carlos Barbosa Moreira comungam da opinião de que é pessoal a natureza da retrocessão. Utilizam como argumento o teor do art. 35 da Lei de Desapropriações, que veda expressamente a possibilidade de reivindicação. Além disso, afirmam que o art. 674 (Código Civil de 1916), que traz o rol dos direitos reais, não faz menção à retrocessão, sendo assente que a enumeração lá contida é taxativa. Por outro lado, Vicente Ráo, José Cretella Júnior, Seabra Fagundes e José Carlos Moraes Salles defendem a eficácia real da retrocessão. Isso porque a desapropriação, exceção ao direito de propriedade assegurado na CF, só se justifica em caso de existir a necessidade pública (*lato sensu*). E, ainda, para outros, entre eles Maria Sylvia Zanella de Pietro e Carlos Alberto Dabus Maluf, a retrocessão tem natureza mista, de direito pessoal e real. O autor defende que:

Ora, se o bem não teve a destinação para a qual foi desapropriado, um dos sustentáculos para a validade e a regularidade da desapropriação cai por terra. E se a desapropriação passa a não ser respaldada pela Constituição ante o não-preenchimento de seus requisitos, nada mais justo poder o particular haver de volta o bem expurgado indevidamente de seu patrimônio. Registre-se que o reconhecimento da natureza real da desapropriação não afronta o art. 35 do Decreto-lei n. 3.365/41; ao reverso, este é que afronta a Constituição Federal.[...] Da mesma forma, as peculiaridades da retrocessão permitem que o expropriado exerça seu direito *erga omnes* e valha-se do direito de seqüela, pois se não houve motivo para a desapropriação (o que se conclui pela não-destinação do bem para o fim que foi desapropriado) pode o expropriado reivindicá-lo, por ser prerrogativa inerente e imprescritível do proprietário. O que define uma coisa é sua essência, e não o rótulo que se dê a ela. Esta posição, além de ser juridicamente a mais correta também no sentir deste autor, representa mais um instrumento de justiça em favor do cidadão. Com a possibilidade de reivindicação do bem, inibi-se que o expropriante utilize a desapropriação para fins de vindita pessoal ou cupidez, fatos lamentavelmente verificáveis no padrão ético do homem, já que se se apurar, mesmo num momento posterior, não ter a desapropriação obedecido os requisitos da exceção constitucional que a tornam lícita, pode o bem retornar a seu dono.

---

<sup>1603</sup> Op. cit., p. 133.

Para Gilmar Ferreira Mendes<sup>1604</sup>, parece não subsistir dúvida de que a única orientação compatível com a disciplina do instituto da desapropriação no Direito Constitucional brasileiro é a que preconiza o direito de requisição do bem expropriado, nos casos de omissão inicial de causa de interesse público, de adestinação ou de tredestinação do bem sem finalidade pública, atribuindo-se à ação de retrocessão eficácia real. Observa que a jurisprudência do Excelso Pretório que, inicialmente, afirmara a natureza pessoal do direito de retrocessão, encaminha-se, firmemente, no sentido do reconhecimento do efetivo direito de reaquisição, citando como exemplos o RE 64.554, rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 57/52; RE 81.151, rel. Min. Antonio Neder, RTJ 80/139; RE 87.559, rel. Min. Moreira Alves, DJ 2-6-1978; AR 1.098, rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 104/468.

Ebert Chamoun<sup>1605</sup>, por entender que o direito do ex-proprietário é um direito pessoal, defende que o ex-proprietário não pode recuperar judicialmente a coisa que lhe foi desapropriada, uma vez que tal possibilidade só lhe asseguraria uma ação real. Por isso, faltando o Poder Público ao dever de oferecimento, e comprovada a não destinação da coisa desapropriada ao fim de utilidade pública, ao expropriado assiste apenas o direito de obter perdas e danos.

Pontes de Miranda<sup>1606</sup> preleciona que, no sistema jurídico brasileiro, só não se permite a reivindicação se o bem já foi incorporado à Fazenda Pública, ou seja, se já foi transcrita a sentença. Entende que os bens desapropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto

---

<sup>1604</sup> Retrocessão - prazo de prescrição. Revista de Direito Público, v. 86, p. 101.

<sup>1605</sup> *Da retrocessão nas desapropriações (direito brasileiro)*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 67.

<sup>1606</sup> *Tratado das ações*, op. cit., t. 4, p. 461.

de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Para Ferraz Nogueira<sup>1607</sup>, a União, o Estado, ou o Município deverão oferecer ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino para o qual se desapropriou. O próprio desapropriado poderá exercitar esse direito, mediante ação ordinária, postulando a prevalência do seu direito de propriedade, com o retorno do bem ao seu domínio, ou, no caso de impossibilidade da devolução, mediante o pagamento de indenização por perdas e danos.

Kiyoshi Harada<sup>1608</sup>, ao comentar a redação do art. 519 do novo Código Civil, defende que a iniciativa da devolução pelo poder público expropriante, que estava prescrito no Código anterior, desapareceu no estatuto substantivo atual, acrescentando que:

Pelo novo texto normativo em vigor, a devolução do bem expropriado e não utilizado em obras ou serviços públicos far-se-á mediante pagamento do preço atual daquele bem desapropriado. Implica, pois, necessidade de avaliação do bem pelos mesmos critérios utilizados na desapropriação. Não há mais liame com o preço da indenização paga pelo Poder Público. Dependendo do longo tempo decorrido e do fenômeno inflacionário agudo, motivado pela conjuntura econômica do país, a atualização monetária do preço por que foi desapropriado determinado bem imóvel poderá conduzir a um valor irreal, sem respaldo na realidade imobiliária. Existem épocas em que a "valorização inflacionária" supera *n* vezes a "valorização real" do imóvel.

Todavia, o que pode ser deduzido da redação do atual art. 519 do Código Civil, é que se garantiu ao expropriado o direito de preferência<sup>1609</sup>,

---

<sup>1607</sup> Op. cit., p. 26.

<sup>1608</sup> Op. cit., p. 177-178.

<sup>1609</sup> Direito de preferência, de preempção ou de prelação (*jus prelationis*) é o direito subjetivo público do antigo proprietário expropriado de exigir do Estado sua posição privilegiada de comprador, na relação jurídica, todas as vezes em que o procedimento expropriatório se interrompe, em virtude da desistência do Poder Público

quando o bem expropriado para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para o qual se desapropriou, ou não for utilizado em obras ou serviços públicos. Para tanto, caso o Poder Público notifique o ex-proprietário, esse deverá exercer seu direito de preempção, se o bem for móvel, no prazo de três dias, e, se for imóvel, no prazo de sessenta dias, subseqüentes à data da notificação (art. 516, CC). O expropriado deverá efetuar o pagamento do preço atual do bem, valor esse que pode diferir do *quantum* indenizatório.

Caso o bem não seja oferecido ao expropriado, ele poderá pleitear lhe seja permitido exercer esse seu direito de preferência, sob pena de negativa de vigência ao já mencionado art. 519 do CC.

Reforça Regis Fernandes de Oliveira<sup>1610</sup>, citando Hélio Moraes de Siqueira, que é na Constituição Federal que a retrocessão deita raízes e recebe a essência jurídica que a sustenta. Defende que, mesmo que ausente o preceito no Código Civil, o instituto teria existência no direito brasileiro, pois é consequência jurídica do mandamento constitucional garantidor da inviolabilidade da propriedade, ressalvada a desapropriação por utilidade e necessidade pública e de interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Aduz que:

despiciendo é que o art. 35 do Dec.-lei n. 3.365/1941 tenha estabelecido que "os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos". A lei não pode mudar a norma constitucional que prevê a possibilidade da desapropriação sob fundamento de interesse público.[...] A administração pública pela circunstância de ter adquirido o domínio da coisa expropriada, não

---

expropriante de utilizar-se da coisa expropriada, cf. Cretella Júnior, *apud* William A. Patterson, *in* Desapropriação por utilidade pública, *Revista de Direito Público*, v. 53-54, p. 104.

<sup>1610</sup> Op. cit., p. 28.



fica isenta de demonstrar a utilidade da coisa ou a continuidade do interesse público em mantê-la. Desaparecendo o interesse público - o que pode acontecer por vontade expressa da administração, ou tacitamente, pelo decurso do prazo de cinco anos, contados dos cinco anos seguintes à transferência de domínio, que se opera pelo registro do título aquisitivo, que é a carta de adjudicação mediante prévio pagamento do preço fixado - nasce ao expropriado o direito de reaver a própria coisa. Trata-se de direito real, porque a perquirição da natureza do direito não deflui do momento atual do reconhecimento da desnecessidade da coisa, mas remonta ao momento do ato decretatório da utilidade pública.[...] Explicando melhor: o poder público tem cinco anos, contados da data da aquisição da propriedade, que opera pelo registro da carta de adjudicação no cartório do registro de imóveis competente, ou mediante registro da escritura pública lavrada por acordo das partes, no mesmo cartório, para dar destinação específica, tal como declarada no decreto expropriatório, ou outra destinação, havida como de interesse público. Passado tal prazo, abre-se ao expropriado o direito de haver a própria coisa, também pelo prazo de cinco anos, nos termos do Decreto n. 20.910, de 1932. A propósito já se decidiu que "a prescrição da ação de retrocessão, visando às perdas e danos, começa a correr desde o momento em que o expropriante abandona, inequivocamente, o propósito de dar, ao imóvel, a destinação expressa na declaração de utilidade pública" (RDA, 69/200)<sup>1611</sup>.

Também para Moraes Salles<sup>1612</sup> a retrocessão decorre do próprio descumprimento das finalidades das desapropriação, estando implícita na Carta Magna do País. Assevera que:

Desobedecido o fim do ato declaratório de utilidade pública ou de interesse social, não há mais razão para o bem permanecer em poder e sob o domínio do expropriante. Deve este oferecer o bem ao ex-proprietário, para que o mesmo o reincorpore ao seu patrimônio, mediante o pagamento do preço atual da coisa (art. 519 do CC em vigor). Se este oferecimento não se der, terá o ex-proprietário a competente ação de retrocessão para fazer valer seus direitos (v. ementa do acórdão publicado na RT 397/210).[...] Esclarecemos, então, que o art. 35 do Dec.-lei 3.365/1941 só seria aplicável nos casos em que, não obstante a irregularidade havida na desapropriação, tivesse sido manifesto o atendimento dos pressupostos básicos previstos na Constituição (necessidade ou utilidade pública ou, ainda, interesse social). Realmente, se a expropriação houvesse sido levada a efeito sem observância daqueles requisitos constitucionais, ressentir-se-ia da eiva de inconstitucionalidade e não poderia

---

<sup>1611</sup> É de se registrar, ainda, que para Régis Fernandes de Oliveira, caso acolhida a ação de retrocessão, o expropriado deve devolver o montante apurado quando do recebimento do preço fixado pelo juiz ou havido mediante acordo lavrado em escritura pública. Caso o bem tenha recebido melhoras que acarretem o aumento do seu valor, entende que devam ser elas levadas em conta, para efeito de apuração do montante do preço a ser pago ao ex-proprietário. Cita julgado admitindo a correção monetária da quantia a ser paga pelo expropriado proferida pelo Min. Jarbas Nobre, do então Tribunal Federal de Recursos. Op. cit., p. 32-33.

<sup>1612</sup> Op. cit., p. 824-825.

prevalecer. Daí termos afirmado que, nesses casos, caberia a retrocessão, citando nesse sentido a RTJ 80/139. E concluímos nosso pensamento sugerindo que a questão fosse revista urgentemente pelos pretórios do País, a fim de que a jurisprudência, vestindo-se de novas roupagens, passasse a consagrar a verdadeira orientação no tocante à matéria.

Contudo o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que: "Desapropriação. Após a incorporação, à Fazenda Pública, dos bens expropriados, não se admite ação reivindicatória, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos. Art. 35 do Dec.-lei 3.365 de 1941"<sup>1613</sup>. "Transitado em julgado o reconhecimento da impossibilidade de retrocessão do imóvel por já incorporado ao patrimônio público e cedido a terceiros, razoável é o entendimento, em consonância com doutrina e jurisprudência, do cabimento de perdas e danos aos expropriados"<sup>1614</sup>.

"A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que, independentemente de configuração de desvio de finalidade no uso do imóvel desapropriado, havendo sua afetação ao interesse público, não cabe pleitear a retrocessão, mas indenização, se for o caso, por perdas e danos, se configurado o desvirtuamento do decreto expropriatório"<sup>1615</sup>. "Conquanto seja a retrocessão um direito real, havendo pedido alternativo de restituição do imóvel ou de indenização por perdas e danos, esta é a melhor solução nesta fase recursal, em que é inviável o conhecimento da atual situação do bem"<sup>1616</sup>. "Viola os artigos 1.150 do Código Civil e 35 do Dec. 3.365/41, o acórdão que, em ação de retrocessão determina o retorno dos bens expropriados ao patrimônio do expropriário. O art. 35 da Lei de Desapropriações é muito claro, ao proclamar que 'Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem

---

<sup>1613</sup> STF, 1ª T., RE 25905, rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 22-9-1955, s/p.

<sup>1614</sup> STF, 1ª T., RE 99571/ES, v. u., rel. Min. Rafael Mayer, DJ 9-3-1984, p. 3074.

<sup>1615</sup> STJ, EREsp 623511/RJ, 1ª Seção, v. u., rel. Min. Castro Meira, DJ 13-3-2006, p. 174.

<sup>1616</sup> STJ, 2ª T., REsp 647340/SC, v. u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 29-5-2006, p. 208.

ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos"<sup>1617</sup>. "Entretanto, *in casu*, revela-se inviável o retorno da propriedade expropriada ao patrimônio dos ora Recorrentes, nos precisos termos do art. 35, do Decreto-Lei n. 3.365/41, de modo que lhes resta a indenização por perdas e danos, sendo este, aliás, o entendimento da Egrégia Primeira Seção desta Corte. Precedente: AR n. 769/CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 16-2-2004. V - Em resumo: não há como o imóvel expropriado retroceder ao patrimônio dos Recorrentes, surgindo em razão da manifesta tredestinação, direito a indenização por perdas e danos"<sup>1618</sup>. "A retrocessão é um instituto através do qual ao expropriado é lícito pleitear as conseqüências pelo fato de o imóvel não ter sido utilizado para os fins declarados na desapropriação. Nessas hipóteses, a lei permite que a parte, que foi despojada do seu direito de propriedade, possa reivindicá-lo e, diante da impossibilidade de fazê-lo (*ad impossibilia nemo tenetur*), subjaz-lhe a ação de perdas e danos"<sup>1619</sup>. "Resolve-se em perdas e danos o conflito surgido com o desvio de finalidade do bem expropriado"<sup>1620</sup>.

Nesse sentido, tem prevalecido o entendimento de que desatendido o direito de preferência previsto no art. 519 do CC, não caberá o exercício do direito de preferência, mas, tão-somente, direito à indenização por perdas e danos. Até porque, o art. 35 do Dec.-lei n. 3.365/1941 estabelece que os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação; e que qualquer ação julgada procedente será resolvida em perdas e danos.

---

<sup>1617</sup> STJ, 1ª Seção, AR 769/CE, v. u., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 16-2-2004, p. 198.

<sup>1618</sup> STJ, 1ª T., REsp 816251/SP, v. u., rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27-3-2006, p. 241.

<sup>1619</sup> STJ, 1ª T., EDcl no REsp 623511/RJ, rel. Min. Luiz Fux, DJ 26-9-2005, p. 188.

<sup>1620</sup> STJ, 2ª T., REsp 43651/SP, m. v., rel. Min. Eliana Calmon, DJ 5-6-2000, p. 135.

No direito português, o bem imóvel expropriado continua vinculado ao fim invocado na declaração de utilidade pública, de tal modo que a sua não aplicação a esse fim, no prazo de dois anos, a contar da adjudicação da propriedade, ou da cessação da aplicação a esse fim, conferem ao expropriado o direito de reversão<sup>1621</sup>. A jurisprudência é no sentido de que a utilidade pública que legitimou a expropriação tem de existir no início do processo expropriativo e permanecer até à sua consumação, justificando o direito de reversão não só a destinação do prédio a fim diferente daquele que motivou e justificou a expropriação, mas também a sua não aplicação a qualquer fim<sup>1622</sup>.

Nessa linha, a jurisprudência espanhola já decidiu que a anulação judicial ou declaração de ilegalidade de um plano parcial que legitimava originariamente a operação expropriatória, invalida automaticamente a expropriação, por inexistência superveniente de causa<sup>1623</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça deixa claro que "Inexiste no ordenamento jurídico norma estabelecendo prazo dentro do qual o bem expropriado tenha de ser utilizado pela expropriante. Não há a certeza do desvio de finalidade e de não ser mantida a destinação pública"<sup>1624</sup>. "Inexistindo prazo legal, para que seja utilizada toda a área do bem expropriado, o seu uso integral dependendo da execução de projetos, a utilização parcial e locação ou o arrendamento circunstancial, continuando a afetação patrimonial, revelam-se acontecimentos que não molduram a retrocessão. 3. Incorporado o imóvel ao

---

<sup>1621</sup> V. art. 5º do CE/1991, cf. José Osvaldo Gomes, op. cit., p. 125.

<sup>1622</sup> Cf. José Osvaldo Gomes, que afirma que o princípio da utilidade pública constitui um dos pressupostos de legitimidade da expropriação, pois ele tem de manifestar-se durante todo o processo expropriativo e até à consumação da operação, que deverá ocorrer dentro de certo prazo, sob pena de reversão dos bens expropriados. Op. cit., p. 126.

<sup>1623</sup> Cf. sentenças do Tribunal Supremo, de 9 de maio de 1985, de 9 de outubro de 1985, de 14 de março e de 29 de dezembro de 1986, citadas por Juan Alfonso Santameria Pastor e Luciano Parejo Alfonso. *Derecho Administrativo*, p. 525-526. *Apud* José Osvaldo Gomes, op. cit., p. 125.

<sup>1624</sup> STJ, 1ª T., REsp 60752/SP, v. u., rel. Min. Garcia Vieira, DJ 8-5-1995, p. 122336.

patrimônio público, fulgurante a coisa julgada, descabe a via reivindicatória, resolvendo-se em danos as perdas, se constituir pedido sucessivo ou em ação própria"<sup>1625</sup>.

Daí afirmar Kiyoshi Harada<sup>1626</sup> que a mera inércia do Poder Público não ensejaria a ocorrência da predestinação. Só a destinação efetiva do bem a uma finalidade que não seja de interesse público é que revela objetivamente o desvio de finalidade ensejador da retrocessão.

Realmente, não foi fixado pelo legislador um prazo para que o bem expropriado seja utilizado. Tal omissão prejudica o ex-proprietário no exercício do seu direito de preferência, já que, em caso de inércia por parte da Administração Pública em utilizar o bem, ele não saberá, ao certo, quanto tempo deverá aguardar para poder exercer tal direito, ou quando é que iniciará o prazo para que possa reclamar a sua observância. Mesmo assim, caso o expropriado demonstre que o bem expropriado, por qualquer que seja o motivo, não será afetado ao interesse público, ou que ele foi utilizado sem atender qualquer finalidade pública, poderá pleitear seja respeitado seu direito de preferência (ainda que ele se resolva em perdas e danos).

Há entendimento jurisprudencial no sentido de que: "Administrativo e Processo Civil. Retrocessão. Prescrição. 1. Desnecessária a produção de prova testemunhal, a vista dos documentos juntados e sendo a matéria eminentemente de direito. 2. Configurado inequivocamente o abandono do imóvel expropriado - diante da ausência, por longo período, de iniciativas tendentes à concretização da destinação de utilidade pública - começa a fluir a

---

<sup>1625</sup> STJ, 1ª T., REsp 73907/ES, m. v., rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 6-10-1997, p. 49881.

<sup>1626</sup> Op. cit., p. 179.

prescrição"<sup>1627</sup>. "Retrocessão. Natureza jurídica. Direito real. Prazo prescricional. Aplicação do art. 177 do Código Civil. Termo Inicial. 1. A retrocessão cria para o expropriante o dever de oferecer a coisa expropriada, caso não lhe dê o fim para o qual se expropriou, havendo, aí, perempção legal em favor do ex-proprietário, direito de natureza real.[...]3. A prescrição começa a fluir a partir do dia em que se evidenciou o desvio da finalidade, a exemplo da venda do objeto expropriado a terceiros". "Desapropriação. Retrocessão. Poder Público que se omite na destinação do fim do imóvel advindo de desapropriação, mas que não lhe dá outra destinação. O prazo de dez anos materializa a omissão, mesmo porque traduz um limite à discricionariedade. Entendimento jurisprudencial. Findo tal prazo começa a fluir outro, o de prescrição, por igual período. Direito real. Direito de preferência não exercido no prazo de cinco anos, prescrevendo por igual todos os direitos e ações"<sup>1628</sup>.

Razão assiste a Moraes Salles<sup>1629</sup> ao defender que o legislador deve fixar prazo para a utilização do bem na finalidade para a qual foi desapropriado. Argumenta que, com isso, o Poder Público só iria desapropriar quanto tivesse os recursos necessários para a realização da obra ou pudesse prever a obtenção desses recursos dentro de determinado lapso de tempo, o que afastaria o procedimento temerário de certos administradores, que, mesmo sem os recursos hábeis para levar avante empreendimentos públicos de grande envergadura, desapropriam indiscriminadamente, sem que, posteriormente, possam dar seguimento àquilo que planejaram, despojando os proprietários, prematuramente, de seus bens. Sugere a introdução de um parágrafo único no art. 519 do Código Civil, fixando o prazo para utilização do bem expropriado no destino para que se desapropriou ou para seu emprego nos serviços públicos

---

<sup>1627</sup> TRF-1ª Reg., 4ª T., AC 19990100029186-2/MG, v. u., rel. Selene Almeida, DJ 17-3-2000, p. 206.

<sup>1628</sup> TJRS, 4ª CC, AC 599079175, rel. Vasco Della Giustina, j. 31-3-1999. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em 14-2-2006.

<sup>1629</sup> Op. cit., p. 827-828.

objetivados pelo expropriante. Entende razoável a fixação dessa prazo em cinco anos, a exemplo do que ocorre com o prazo de caducidade do ato declaratório de utilidade pública (art. 10 do Dec.-lei 3.365/1941).

Ainda na égide do Código Civil de 1916 (v. art. 177), a doutrina brasileira considerava que, em decorrência de a ação de retrocessão ter eficácia real, não se aplicava a prescrição quinquenal, nos termos do art. 1º do Dec.-lei 20.910/1932, sendo que o prazo prescricional para o exercício da ação de retrocessão só começaria a correr no momento em ficasse caracterizado, de forma inequívoca, que o bem não teria destinação de interesse público<sup>1630</sup>.

Moraes Salles<sup>1631</sup> observa que o Código Civil não estabeleceu prazo específico de prescrição para a ação de retrocessão, por isso incide a respeito a norma inserta no art. 205 do Código de 2002, prescrevendo, pois, em dez anos a ação de retrocessão, principiando a correr esse prazo na data em que, de maneira inequívoca, o expropriante demonstre não mais querer utilizar o bem expropriado no fim para o qual se dera a desapropriação.

Sobre o tema, os Tribunais vêm entendendo que: "Retrocessão. Aplica-se-lhe o prazo de prescrição de dez anos, previsto no art. 177 do Código Civil e não o quinquenal, estabelecido pelo Decreto n. 20910/32. Marco da prescrição é a data da transferência de cada lote ao domínio particular e não a data da restituição da área à municipalidade, por parte da entidade pública estadual que desistira da construção de escola técnica"<sup>1632</sup>. "A

---

<sup>1630</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p. 103. Em sentido contrário Régis Fernandes de Oliveira, para quem a solução mais compatível com a realidade brasileira é a de se fixar o prazo de cinco anos. Defende que a só inércia não caracteriza a presunção do desvio. Se a administração desapropria sem finalidade pública, o ato pode ser anulado, mesmo sem o decurso do prazo de cinco anos. Mas aí, o fundamento da anulação do ato seria outro e não se cuidaria do problema específico da retrocessão. Op. cit., p. 26.

<sup>1631</sup> Op. cit., p. 843

<sup>1632</sup> STF, 1ª T., RE 104591/RS, v. u., rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 16-5-1986, p. 8187.

jurisprudência desta Corte considera a retrocessão uma ação de natureza real (STJ: REsp n. 570.483/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 30-6-2004). 5. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal também assentou a natureza real da retrocessão: 'DESAPROPRIAÇÃO. Retrocessão. Prescrição. Direito de natureza real. Aplicação do prazo previsto no art. 177 do CC e não do quinquenal do Dec. 20.910/32. 6. Termo Inicial. Fluência a partir da data da transferência do imóvel ao domínio particular, e não da desistência pelo Poder expropriante'. (STF, ERE 104.591/RS, Rel. Min. Djaci Falcão, DJU 10/04/87). 7. É aplicável *in casu* o artigo 177 do CCB/1916 que estabelece ser de 10 anos o prazo prescricional para as ações de natureza real. 8. A mesma exegese foi emprestada pelo e. Supremo Tribunal Federal: "Retrocessão. Aplica-se-lhe o prazo de prescrição de dez anos, previsto no art. 177 do Código Civil e não o quinquenal, estabelecido pelo Decreto n. 20.910/32[...]' (STF - RE n. 104.591/RS, rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 16-5-1986)"<sup>1633</sup>. "É de 10 (dez) anos o prazo para propositura de ação de retrocessão"<sup>1634</sup>.

Mas, também, há decisões no sentido de que: "Civil, Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração. Recurso especial. Indenização. Desapropriação. Destinação diversa. Perdas e danos. Prescrição vintenária. Acolhimento. I - Configurada a questão como reparação por perdas e danos, de rigor a incidência da prescrição vintenária, de acordo com o artigo 177, do Código Civil"<sup>1635</sup>. "Ação de retrocessão. Bem incorporado ao expropriante. Perdas e danos. Estando o bem já incorporado ao expropriante, subsiste à parte que viu seu imóvel desapropriado ajuizar ação de retrocessão,

---

<sup>1633</sup> STJ, 1ª T., EDcl no REsp 623511/RJ, rel. Min. Luiz Fux, DJ 26-5-2005, p. 188.

<sup>1634</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 20040100048156-3/PA, v. u., rel. des. Tourinho Neto, DJ 10-8-2006, p. 58.

<sup>1635</sup> STJ, 1ª T., EDcl no REsp 412634/RJ, rel. p/ o ac. Min. Francisco Falcão, DJ 9-6-2003, p. 177.



que se resolverá em perdas e danos. Trata-se de direito pessoal, cuja ação prescreve em 20 (vinte) anos"<sup>1636</sup>.

Quando não for o ex-proprietário notificado para exercer seu direito de preempção, entendemos que é de aplicar-se o disposto no art. 205 do Código Civil, devendo o direito de preferência ser pleiteado no prazo de dez anos, contado da violação do direito, ou seja, da data da ocorrência do desvio de finalidade, já que, nos termos do art. 189 do CC, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição<sup>1637</sup>.

Na doutrina de Régis Fernandes de Oliveira<sup>1638</sup>, caso o expropriado renuncie ao direito de retrocessão, nada terá a reclamar. Por tratar-se de direito patrimonial, é ele renunciável, aceitando o autor o fundamento da possibilidade de renúncia.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: "A inserção da cláusula de renúncia ao direito de recompra constante da escritura pública de desapropriação amigável, por si só, não constitui óbice a que se conheça a retrocessão. Ocorre que, no caso dos autos, inócuo se afigura tal argumento, pois firmada a conclusão no sentido de que não houve o desvio de finalidade do imóvel expropriado a justificar a retrocessão requerida, porque não demonstrado o favorecimento de pessoas de direito privado, tendo sido atingida

---

<sup>1636</sup> TJMG, proc. 2000000324880-6/000(1), rel. Jarbas Ladeira, DU 30-12-2000, s/p.

<sup>1637</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, a prescrição é causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei. Consideram que: "O texto da lei é claro ao dar como objeto da prescrição a pretensão de direito material e não a ação". Noticiam que: "A exemplo do que já ocorre no CDC 26 e 27, o Código Civil adotou o critério científico para distinguir prescrição de decadência". Explicam que a fórmula oferecida por Câmara Leal, segundo a qual decadência extinguiria o direito, enquanto que a prescrição extinguiria a ação, está superada pelo texto do CC 189, que fala expressamente que a prescrição extingue a pretensão de direito material e não a ação. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 300-301.

<sup>1638</sup> Op. cit., p. 34.

a finalidade pública almejada"<sup>1639</sup>. "Promulgado o decreto expropriatório, o acordo subsequente, tornando a desapropriação em amigável, não impede que o expropriado postule a retrocessão"<sup>1640</sup>.

Também, já se decidiu que: "O artigo 1.572 do Código Civil de 1916 dispõe que 'aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários', sendo certo que a regra é reiterada no Código Civil de 2002 que preceitua 'aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários'. 13 - Sob essa ótica, mister concluir que os referidos dispositivos refletem o direito de *saisine* que prevê a transmissão automática dos direitos que compõem o patrimônio da herança aos sucessores com toda a propriedade, a posse, os direitos reais e os pessoais. Assim, a posse e a propriedade, com a morte, transmitem-se aos herdeiros, e, *a fortiori*, a indenização também. Nesse contexto, conclui-se que os herdeiros, tanto pelo direito de *saisine*, bem como pela natureza real da retrocessão, têm *legitimatío ad causam* para ajuizar a ação"<sup>1641</sup>.

O mesmo entendimento é defendido por Régis Fernandes de Oliveira<sup>1642</sup>, que argumenta que as ações personalíssimas são de interpretação estrita. Apenas quando a lei dispuser que não se transmite o direito *causa mortis* é que haverá impossibilidade jurídica da ação dos herdeiros ou sucessores a qualquer título. Percebe-se que, defluindo o direito à retrocessão da própria Constituição Federal, inarredável a conclusão que se cuida de direito transmissível. Informa que pela negativa manifestam-se Ebert Chamoun, Eurico

---

<sup>1639</sup> STJ, 1ª T., REsp 819191/SP, v. u., rel. Min. José Delgado, DJ 11-4-2006, p. 176. No mesmo sentido julgado proferido pelo STJ, 1ª T., no EDcl no REsp 710065/SP, rel. Min. José Delgado, DJ 17-10-2005, p. 200.

<sup>1640</sup> STJ, 1ª T., AgRg no Ag 12955/RS, m. v., rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 6-12-1993, p. 26645.

<sup>1641</sup> STJ, 1ª T., REsp 623511/RJ, v. u., rel. Min. Luiz Fux, DJ 6-6-2005, p. 186.

<sup>1642</sup> Op. cit., p. 31.

Sodré, Hely Lopes Meirelles e Pontes de Miranda. E, no mesmo sentido do autor, Hélio Moraes de Siqueira e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em sentido contrário, defende Mário Roberto N. Velloso<sup>1643</sup> que a lei optou por reservar a iniciativa da retrocessão somente a seu titular direto, alçando-a à categoria de direito personalíssimo, movida provavelmente por razões de ordem pública. Deveras, existe uma preocupação em que as demandas não se eternizem, e retirar o impulso da retrocessão aos herdeiros ou cessionários sem dúvida contribui para isso. O único fiscal da destinação do bem para o fim público declinado é o próprio expropriado. Morrendo, com ele vai a iniciativa da retrocessão. Caso a ação já esteja posta quando do óbito, os herdeiros poderão habilitar-se, pois nada mais farão do que continuar uma demanda provocada por quem tinha capacidade para tanto. A iniciativa é personalíssima; o prosseguimento não.

Também para Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1644</sup>, o direito de preempção ou preferência tem caráter personalíssimo, pois que não pode ser separado do titular enquanto se conserva uma simples faculdade de exercício. Mas, desde que exercido o direito de preferência, nasce para o preferente uma pretensão atual de compra (um direito à realização de compra), podendo esse direito ser cedido e transmitido aos herdeiros.

É de se observar, ainda, que o art. 520 do Código Civil expressamente estabelece que o direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros. Por isso, deve prevalecer o entendimento no sentido de não se permitir sua cessão a terceiros ou a sua transmissão aos herdeiros. Entretanto, em se tratando de desapropriação intentada em desrespeito ao permissivo

---

<sup>1643</sup> Op. cit., p. 143.

<sup>1644</sup> Op. cit., p. 465.

constitucional, melhor seria que fosse permitido também aos cessionários ou herdeiros do expropriado, que, nas mesmas condições, exercessem o direito de preferência.

### **3.4 - Do Processo Administrativo**

A declaração de utilidade pública por si só é inoperante para tornar efetiva a perda compulsória da propriedade do bem que se pretende expropriar. Por isso, o expropriante, para atingir esse objetivo, terá de valer-se do processo administrativo.

O processo administrativo é um instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração<sup>1645</sup>.

No entendimento de Diógenes Gasparini<sup>1646</sup>, processo administrativo é, em sentido amplo, prático, o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir os seus servidores e terceiros, a

---

<sup>1645</sup> Cf. Maria Sylvia Zanella Di Prieto, op. cit., p. 600.

<sup>1646</sup> Op. cit., p. 800.

resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros. É toda e qualquer atuação efetivada pela Administração Pública no interesse e segurança da função administrativa.

Acrescenta o citado autor que o processo administrativo pode versar sobre temas variados, mas a sua finalidade específica é o que a Administração Pública se propõe a obter com sua instauração. A par dessa finalidade, observa que há a *genérica*, isto é, o interesse público na sua utilização como instrumento de realização da função administrativa<sup>1647</sup>.

Os atos do processo administrativo são divididos em fases, sendo consideradas comuns as de instauração, instrução, relatório e decisão. Todavia, existem processos administrativos que agrupam de maneira diferente essas fases ou exigem outras.

A Lei Federal n. 9.784, de 29-1-1999, foi promulgada para regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Explica Cretella Júnior<sup>1648</sup> que a mencionada lei é uma lei federal, mas uma lei federal especial. Ela não é como o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal, por exemplo, que são leis federais gerais que abrangem todos os brasileiros. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos da Lei n. 9.784/1999.

Cretella Júnior observa que quem legisla exclusivamente sobre direito processual, no Brasil, é, sem dúvida alguma, a União, mas que o "processo administrativo" não é "processo" nem "direito processual", mas mero

---

<sup>1647</sup> Op. cit. p. 805.

<sup>1648</sup> *Prática do processo administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 5-6.

"procedimento", é matéria de competência de qualquer das esferas - a municipal, a distrital, a estadual e a federal.

A discussão a respeito dos conceitos de processo e procedimento foi revigorada com a edição da regra constante no inciso XI do art. 24 da Constituição Federal, que estabelece competência concorrente entre União e Estados (ou Distrito Federal) para legislar sobre procedimentos em matéria processual, e competência privativa da União Federal para legislar sobre direito processual.

O vocábulo processo tem sua origem etimológica em *procedere* que, na língua latina, significa "seguir adiante". Processo quer dizer movimento, que era entendido como a organização encadeada dos atos processuais, do início ao fim do processo. Recentemente, o processo deixou de ser visto apenas sob esse prisma de organização em seqüência, passando a ser observado principalmente sob seu aspecto teleológico, ou seja, em razão dos fins que lhe são próprios, especialmente quanto à função de resolver os conflitos de interesses que são submetidos ao Poder Judiciário pelo autor da ação. Do ponto de vista político, o processo é visto como instrumento de que dispõem o Estado e as partes para buscar a solução pacificadora dos conflitos, servindo de meio para a realização de objetivos afeiçoados ao Estado de Direito<sup>1649</sup>.

Já o procedimento, na praxe designado "rito", apesar de estar ligado ao processo, não pode ser com ele confundido. O procedimento é o mecanismo pelo qual se desenvolvem os processos diante dos órgãos da jurisdição<sup>1650</sup>.

---

<sup>1649</sup> Cf. Wambier, Correia de Almeida e Talamini, *op.cit.*, v. 1, p. 148-149.

<sup>1650</sup> Cf. Wambier, Correia de Almeida e Talamini, *idem*, p. 149.

Luiz Rodrigues Wambier<sup>1651</sup>, ao reconhecer as dificuldades consistentes em se saber se certa norma tem natureza processual ou procedimental, ou se o tema da normatização processual é ou não encartável na noção de normas não gerais de procedimento, ou se é de natureza processual, ensina que:

O primeiro passo é, sem dúvida, promover a separação, no conjunto de possíveis normas de processo, daquelas que possam ser tidas como regras gerais e, via de consequência, daquelas que não tratam de generalidades. Ao nosso ver, todos aqueles temas relacionados com a gênese da relação jurídica de natureza processual, como, por exemplo, jurisdição, ação, defesa e contraditório, não se encartam, nem por aproximação, dentre as regras procedimentais. As decisões judiciais em geral, incluídas as sentenças, os acórdãos, as decisões interlocutórias e os chamados despachos com conteúdo decisório, porque se voltam a regular a própria relação jurídica processual, e os incidentes intermédios, de cuja solução depende a prestação da tutela jurisdicional do Estado, que virá por meio da sentença, também ficam absolutamente fora do âmbito de competência legislativa dos Estados-membros. As matérias que envolvem pressupostos processuais negativos e positivos, de existência e de validade e condições da ação, ao nosso ver, também não se podem entregar à atividade legislativa estadual, pois estão ligadas, respectivamente, a questões que se referem à estrutura do processo e ao regular e válido exercício do direito constitucional de ação, temas evidentemente presos à generalidade das normas que dão forma ao processo. A normatização relativa às provas, ao nosso ver, também não pode ser de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal pois essas dizem respeito, direta e indubitavelmente, à existência ou à inexistência do direito material alegado como suporte da pretensão, e esse é objeto da atividade legislativa da União Federal.

A Lei n. 9.784, de 29-1-1999, como ela própria reconhece, regula o "processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta". Para tanto, como não poderia deixar de ser, dispõe sobre os princípios que informam o processo administrativo (art. 2º); estabelece os critérios que devem ser observados nos processos administrativos (incs. I a XIII, parágrafo único, art. 2º); prevê os direitos dos administrados (art. 3º, incs. I a IV). Ao tratar especificamente do processo, disciplinou, ainda, as seguintes matérias entre

---

<sup>1651</sup> *Liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.39.

outras a ele relativas: constituição; legitimidade; competência; forma, tempo, lugar e comunicação dos seus atos; instrução; provas; julgamento; recurso; desistência, anulação, revogação e sua convalidação.

A Lei n. 10.177, de 30-12-1998, que regula os atos e procedimentos administrativos da Administração Pública centralizada e descentralizada<sup>1652</sup> do Estado de São Paulo, que não tenham disciplina legal específica, por sua vez, estabeleceu que a atuação da Administração Pública se dará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos, devendo a norma administrativa ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige (arts. 4º e 5º). Definiu que a Administração, salvo expressa previsão legal em sentido contrário, não iniciará qualquer atuação material relacionada com a esfera jurídica dos particulares sem a prévia expedição do ato administrativo que lhe sirva de fundamento (art. 7º). Previu os casos de invalidade dos atos administrativos e requisitos para a anulação ou a convalidação deles (arts. 8º a 11). Definiu atos administrativos (art. 12, incisos e §§) e estabeleceu seus requisitos (arts. 13 a 15).

Ainda, a Lei n. 10.177/1998, no Título IV, intitulado "Dos Procedimentos Administrativos", ao dispor sobre suas normas gerais, estabeleceu que: "Os atos da Administração serão precedidos do procedimento adequado à sua validade e à proteção dos direitos e interesses dos particulares" (art. 21). Também, que nos procedimentos administrativos observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido

---

<sup>1652</sup> Considera-se integrante da Administração descentralizada estadual toda pessoa jurídica controlada ou mantida, direta ou indiretamente, pelo Poder Público estadual, seja qual for seu regime jurídico (parágrafo único, art. 1º, Lei estadual n. 10.177/1998).



processo legal, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados (art. 22). Assegurou-se às partes, visando ao atendimento desses princípios, o direito de emitir manifestação, de oferecer provas e acompanhar sua produção, de obter vista e de recorrer (§ 1º). Garantiu-se que somente poderão ser recusadas as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias (§ 2º). Tratou, ainda, do direito de petição, assegurando-o a qualquer pessoa, física ou jurídica, independentemente de pagamento, contra ilegalidade ou abuso de poder e para a defesa de direitos. Quanto aos recursos (Capítulo II), dispôs sobre matérias referentes a legitimidade; competência; requisitos da petição recursal; efeitos dos recursos; tramitação (procedimento). Dispôs, também, sobre a decisão e seus efeitos (art. 49 a 51).

As Leis ns. 9.784/1999 e 10.177/98 servem para demonstrar que, na verdade, elas regulam matérias de natureza processual, tais como as que se referem à estrutura do processo administrativo; as que regulam o direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", CF), estabelecendo os requisitos de existência e de validade ao seu exercício; as que tratam do contraditório e as relativas à prova.

Não obstante entendermos que a questão envolve, sim, matéria de direito processual, e que, portanto, a competência para legislar sobre "processo administrativo" é da União, acabou por prevalecer o entendimento de tratar-se de matéria relativa a procedimentos em matéria processual, competindo, pois, tanto à União, como aos Estados e ao Distrito Federal, sobre ela legislar (art. 24, XI)<sup>1653</sup>.

---

<sup>1653</sup> Mesmo assim, é a própria Lei Federal n. 9.784/1999 que diz que "regula o processo administrativo", o que nos parece correto.

A respeito da Lei n. 9.784/199, Arnaldo Esteves Lima<sup>1654</sup> indica que, basicamente ela possui dois objetivos: proteger os direitos dos administrados, o que significa assegurar-lhes a observância, no caso concreto, do devido processo legal, gerando a necessária segurança jurídica, princípio de substrato constitucional, e melhor cumprir os fins da Administração, traduzidos, primordialmente, nos postulados da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da CF).

Segundo Cretella Júnior<sup>1655</sup>, a Lei n. 9.784/1999 apresenta a seguintes características:

é lei nacional, federal e especial, referindo-se, tão-só, à proteção dos direitos e deveres dos administrados, funcionários públicos civis da União e interessados, pessoas físicas ou jurídicas, legitimados para participar de processo administrativo; os processos administrativos, como, por exemplo, os instaurados pela União para apurar irregularidades ocorridas no âmbito federal, continuarão a reger-se por lei própria, ou seja, pelo Estatuto dos Funcionários da União, de 11-12-1990, sendo-lhes aplicada a presente lei apenas em caráter subsidiário; c) o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, de 1990, continua a reger o processo administrativo federal, completado, porém, quando for o caso, pela presente lei.

Quanto à Lei n. 10.177/1998, destaca-se que ela, ao tratar dos procedimentos em espécie (Cap. III), estabeleceu regras específicas para o "procedimento de outorga" (Seção I); "procedimento de invalidação" (Seção II); "procedimento sancionatório" (Seção III); "procedimento de reparação de danos" (Seção IV); "procedimento para obtenção de certidão" (Seção V); "procedimento para obtenção de informações pessoais" (Seção VI); "procedimento para retificação de informações pessoais" (Seção VII) e "procedimento de denúncia" (Seção VIII).

---

<sup>1654</sup> *O processo administrativo no âmbito da Administração Pública: Lei n. 9.784, de 29-1-1999*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 5.

<sup>1655</sup> *Op. cit.*, p. 7.

Nada dispôs sobre o "procedimento da desapropriação por utilidade pública", certamente, em decorrência de a Constituição Federal ter estabelecido ser da competência exclusiva da União legislar sobre desapropriação (art. 22, inc. II), entendimento esse que seria correto. Assim, o legislador federal, sem mais demora, deveria tratar de regular o processo administrativo relativo à desapropriação por utilidade pública, inspirando-se ou tendo como base o princípio do devido processo legal. Poderia, aproveitando o ensejo, promover modificações quanto ao seu processo judicial, que se fazem por demais necessárias.

O devido processo legal é princípio fundamental do processo civil, que serve de base sobre a qual todos os outros se sustentam. Para Nelson Nery Júnior<sup>1656</sup>, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. Entende que a cláusula nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.

Danielle Pamplona<sup>1657</sup> entende que o devido processo legal tem uma abrangência de aplicação bastante ampla, que é evidenciada pelo número de princípios que são decorrência do devido processo legal. Diz tratar-se de princípio amplo, informa a elaboração e outras regras e utiliza-se de outras normas para se fazer tangível e aplicável. Acresce que:

É um princípio constitucional do tipo jurídico-fundamental o que implica dizer que o devido processo legal terá força na interpretação de todas as regras inscritas na Constituição, e não somente sobre elas, mas também

---

<sup>1656</sup> *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, op. cit., p. 32.

<sup>1657</sup> *Devido processo legal: aspecto material*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 28.

sobre todas as outras regras infraconstitucionais. Sendo princípio, guiará não somente a interpretação mas também a aplicação das regras do ordenamento. Sua incidência não poderá ser afastada, podendo somente ser restringida quando em choque com outro princípio.

Do princípio do devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*) decorrem várias garantias. Especificamente quanto ao processo civil, segundo Nelson Nery Júnior<sup>1658</sup>, já se afirmou serem manifestação do *due process of law*: a igualdade das partes; a garantia do *jus actionis*; o respeito ao direito de defesa; o contraditório.

A Constituição Federal de 1988 inovou, positivamente, ao assegurar, no inc. LV do art. 5º, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes.

A inovação foi profunda, porque fez com que o princípio alcançasse expressamente os processos civil e administrativo, pois na carta revogada havia previsão expressa da garantia do contraditório somente para o processo penal (art. 153, § 16, CF de 1969), apesar de a doutrina manifestar-se pela aplicação do princípio, também, ao processo civil e ao administrativo<sup>1659</sup>.

O Decreto n. 327, de 8-6-2001, alterado pelo Dec.-lei n. 302/2002, texto legal que disciplina a desapropriação por utilidade pública italiana, em seu art. 2º, ao dispor sobre o princípio de legalidade da ação administrativa, diz que os procedimentos do presente texto único se inspiram nos princípios de economicidade, de eficácia, de publicidade e de simplificação da ação administrativa.

---

<sup>1658</sup> *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, op. cit., p. 42.

<sup>1659</sup> Cf. Nelson Nery Júnior, citando Dinamarco, Bedaque e Régis Oliviera, op. cit., p. 134.

No Brasil, o Dec.-lei n. 3.365/1941 é totalmente omissivo em relação ao processo administrativo da desapropriação por utilidade pública. Limita-se a afirmar que a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo, ou intentar-se judicialmente dentro de cinco anos. Todavia, a omissão do legislador infraconstitucional não implica afastamento na observância do devido processo legal e das garantias que dele decorrem.

Por isso, no processo administrativo da desapropriação, especialmente, destaca-se que deve ser garantido ao proprietário o princípio do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição, e o princípio da motivação das decisões administrativas.

O princípio do contraditório representa uma abertura à participação do interessado ou acusado no processo, constitucionalmente garantida (art. 5º, LV).

Para Nelson Nery Júnior<sup>1660</sup>, o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação. Isso, porque o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório. Define que, por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.

---

<sup>1660</sup> Op. cit., 135-137.

Outro princípio que decorre do devido processo legal e, portanto, também deve ser observado no processo administrativo da desapropriação por utilidade pública, é o da proibição da prova ilícita, ou seja da proibição da prova obtida de forma ilícita, conforme preceitua o inc. LVI do art. 5º da CF.

Os atos administrativos decisórios também deverão ser motivados. A Lei n. 9.784/1999 estabeleceu que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos, e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência (art. 48), e que os atos administrativos deverão ser motivados nas hipóteses previstas nos incs. I a VIII do art. 50. O rol ali apresentado não é exaustivo, mas mera enumeração de casos em que a fundamentação é absolutamente necessária, o que não significa que a Administração está livre para motivar ou não os demais atos que praticar.

Fundamentar significa dar o julgador as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão<sup>1661</sup>.

Ressalta-se que a motivação das decisões administrativas deve ser explícita, clara e congruente, podendo basear-se em pareceres anteriores, informações ou decisões, que, nesse caso, serão parte integrante do ato, o que não elide a explicitação dos motivos que firmaram o convencimento pessoal da autoridade julgadora (Lei n. 9.784/1999, art. 50, § 1º). A motivação das decisões dos órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da

---

<sup>1661</sup> Cf. Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 183.

respectiva ata ou termo escrito (§ 3º). Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados (art. 2º).

O princípio da publicidade é inerente ao exercício da função administrativa. Segundo o art. 5º, inc. LX, CF, a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem"<sup>1662</sup>. A Lei n. 9.784/1999 prevê, em seu art. 46, que os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou fotocópias dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros, protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

Quanto ao duplo grau de jurisdição, esclarece Nelson Nery Júnior<sup>1663</sup> que ele tem íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do julgador. Justifica-se, ainda, tendo em vista a possibilidade de falibilidade do julgador e o natural inconformismo do ser humano com uma decisão que lhe é desfavorável. Afirma ser o duplo grau de jurisdição uma garantia fundamental de boa justiça.

O duplo grau de jurisdição foi previsto, também, pela Lei n. 9.784/1999, art. 56, ao se estabelecer que das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

---

<sup>1662</sup> Maria Helena Diniz diz que ele é o da transparência da Administração, para que os administrados possam saber se ela está sendo bem, ou mal conduzida, e tenham conhecimento dos negócios administrativos, salvo daqueles que devem ser sigilosos para não prejudicar o andamento do serviço, os legítimos interesses de terceiros, ou comprometer a ordem pública. *In Dicionário Jurídico*, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3, p. 729.

<sup>1663</sup> Op. cit., p. 37-39.

Em relação ao recurso, estabeleceu-se que ele será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior (art. 56, § 1º). A interposição de recurso administrativo independe de caução, salvo exigência legal em contrário (§ 2º). Estabeleceu-se o prazo de dez dias para sua interposição, contados da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida (art. 59). Previu-se que o recurso deverá ser interposto por meio de requerimento, no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes (art. 60). Em regra o recurso administrativo não tem efeito suspensivo. Todavia, havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso (art. 61 e par. único).

Quando a Administração Pública firmar a intenção de desapropriar determinado bem, ela deverá preparar os elementos informadores que compõem a motivação em relação ao objeto, visando à finalidade. Para exercitar a atividade expropriatória com maior rigor, ela deverá: baixar ato determinando a abertura do processo administrativo e designar perito. Além disso, deverá reunir os documentos relativos ao bem a ser expropriado, o laudo técnico atualizado da sua avaliação, a justificação do interesse público, os fundamentos da motivação, a homologação, e o ato declaratório competente.

O rigor na preparação dos mencionados elementos informadores é importante, pois dessa reunião de informações é que será instrumentalizado o processo no qual deverão ficar evidenciados: o objeto a ser expropriado, o motivo da desapropriação, o valor indenizatório, e a autorização e a formalização do ato expropriatório.



Após a realização de tais providências é que é aberta a possibilidade de acordo amigável, semelhante à compra e venda. Todavia, melhor seria que antes de se proceder à avaliação para apuração do valor indenizatório, a Administração já determinasse a citação pessoal do proprietário, que, assim, poderia acompanhar a avaliação do bem, inclusive, apresentando quesitos e indicando assistente técnico. Na maioria das vezes, o proprietário só tem ciência da desapropriação, quando nada mais lhe resta a fazer.

Ressalta Diógenes Gasparini<sup>1664</sup> que a desapropriação amigável ou administrativa se caracteriza por consubstanciar um acordo entre o Poder expropriante e o expropriado, no que toca ao valor da justa indenização, à forma e às condições de pagamento e à data da transferência da posse. Observa, mais, que;

Acertados esses detalhes, reduz-se o acordo a termo e marcam-se as datas para apresentação e exame dos documentos relativos ao bem, pagamento da indenização e outorga da escritura de desapropriação amigável, que deverá ser levada a registro no cartório imobiliário competente. A escritura, a ser lavrada em qualquer tabelionato, é pública, salvo para os casos das desapropriações realizadas no Nordeste, em que se admite a escritura particular, ex vi da Lei Federal n. 6.160/74, e outras avenças legais.

Assim, se houver acordo entre expropriante e expropriado quanto ao valor da indenização, a desapropriação poderá realizar-se amigavelmente. O ajuste celebrado será formalizado por meio de escritura pública ou de outro meio que for especificamente indicado para a hipótese. Uma vez firmado o acordo e efetuado o pagamento do preço combinado, a finalidade administrativa será alcançada, não havendo necessidade de processo judicial de desapropriação.

---

<sup>1664</sup> Op. cit., p. 671.

Se não houver acordo, será iniciado o processo judicial da desapropriação, que obedece ao rito especial previsto no Decreto-Lei n. 3.365/41, aplicando-se supletivamente o Código de Processo Civil, no que for omissis, consoante prevê o seu artigo 42<sup>1665</sup>.

---

<sup>1665</sup> No entanto, no caso de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, o procedimento obedecerá às disposições da Lei Complementar n.76, de 6 de julho de 1993.

## **Capítulo 4- DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA**

### **4.1- Considerações iniciais**

O interesse na efetivação da desapropriação surge com a publicação da declaração expropriatória. A partir daí, o legitimado deve tomar as medidas necessárias para ultimá-la. Não havendo concordância quanto ao preço da indenização, surge o interesse processual na propositura da ação de desapropriação. Não havendo, portanto, acordo quanto ao preço ofertado, terá o expropriante necessidade de ingressar em juízo, visando obter a tutela jurisdicional (já que não pode valer-se da autotutela). A via adequada é a ação de desapropriação, regulada pelo Decreto-lei nº 3.365/1941.

O Dec.-lei n. 3.365/1941 estabeleceu, em seu art. 41, que: "As disposições desta Lei aplicam-se aos processos de desapropriação em curso, não se permitindo depois de sua vigência outros termos e atos além dos por ela admitidos, nem o seu processamento por forma diversa da que por ela é regulada". Havendo omissão da Lei das desapropriações, é de aplicar-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (v. art. 42).

Diante da impossibilidade de se fazer "justiça de mão própria", a ação passa a ser o instrumento de proteção dos direitos subjetivos, e, durante o passar do tempo, várias teorias surgiram visando explicá-la.

Até meados do século XIX não havia separação científica entre direito material e processual, por isso não se vislumbrava a possibilidade de a ação ser colocada em um plano distinto do plano do direito material<sup>1666</sup>.

Na Itália e na França a doutrina adotou o conceito de Celso, segundo a qual "a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido", sendo que alguns acrescentavam à expressão "o que lhe é devido" ou "o que é seu", a fim de explicitar que "a ação não é apenas o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido, mas também o que é seu". Ficava claro que a definição também abrangia os direitos reais, e não apenas os obrigacionais ou os direitos a prestações<sup>1667</sup>. A ação era identificada como o direito subjetivo material que, por meio dela, se fazia valer em juízo<sup>1668</sup>.

Na Alemanha, ao contrário do entendimento da doutrina italiana e da francesa, além da *actio* romana, também era considerada a *Klage* ou *Klagerecht*, que pode ser compreendida como direito de queixa ou direito de ação. A *actio* e a *Klage*, embora ligadas à busca da realização do direito por intermédio do juiz, diferenciavam-se, pois a *actio* era voltada contra o obrigado, e a *Klage* se diria contra o Estado<sup>1669</sup>.

---

<sup>1666</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.157.

<sup>1667</sup> Giuseppe Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, p. 7. *Apud* Marinoni, op. cit., p. 157-158.

<sup>1668</sup> Doutrina clássica, civilista ou imanentista da ação, que se vem desenvolvendo desde o direito romano. Imanentista, porque a ação era algo imanente ao próprio direito material, que não possuía vida própria, cf. anota José Eduardo Carneira Alvim, *Elementos da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 103. Havia aqueles que viam na ação o direito material violado em estado de reação; e outros, ainda, a explicavam como um direito novo, derivado da violação do direito material, tendo por conteúdo uma obrigação do adversário de fazê-la cessar, conforme informa Marinoni, op. cit., p. 158.

<sup>1669</sup> Giuseppe Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), p. 7. *Apud* Marinoni, op. cit., p. 159.

Para Savigny, a ação seria uma qualidade do direito material, ou o próprio direito material reagindo a uma violação<sup>1670</sup>. Entendia o direito de ação (*Klagerecht*) como o direito à tutela judicial nascido da lesão de um direito material, como o direito no qual o direito material se transformava ao ser lesado<sup>1671</sup>.

Em 1856, Windscheid publicou na Alemanha obra<sup>1672</sup> que viria a se constituir em um dos marcos no estudo do conceito de ação. Para o autor a *actio* do direito romano não era um meio de defesa de um direito, mas sim o próprio direito. O cidadão romano não era titular de um direito contra alguém, mas sim de uma *actio*, ou seja, do poder de agir contra outrem. Esse poder não decorria de um direito, mas da concessão do pretor.

Windscheid diferenciou o conceito romano de *actio* do moderno conceito de ação (*Klage*). Para ele, entendia-se por ação o direito que deriva de outro direito, ou seja, o direito dirige-se também a alguém: ao titular da obrigação, a quem deve fazer ou omitir. Quem tem direito pode *ansprechen* (pretender, exigir, vindicar algo de outrem). Denominou *Anspruch* a pretensão ao que brota do direito, podendo existir quer o direito haja sido ou não violado, transparecendo com muito maior vigor quando o direito é ofendido<sup>1673</sup>.

Segundo Windscheid<sup>1674</sup>, se alguém exige que outra pessoa o reconheça como proprietário, ou que reconheça a existência de alguma outra

---

<sup>1670</sup> Cf. Eduardo Arruda Alvim, *Curso de direito processual civil*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 145.

<sup>1671</sup> Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 159.

<sup>1672</sup> *Die Actio des römischen Zivilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts - A actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno*, Düsseldorf, cf. Fábio Luiz Gomes, *Teoria geral do processo civil*, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.96.

<sup>1673</sup> Fábio Luiz Gomes, op. cit., p. 96-97.

<sup>1674</sup> Bernhard Windscheid, La "actio" del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. *Polemica sobre la "actio"*, p. 14 e 12. *Apud* Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 160-161.

relação de direito ou de fato, está exigindo-lhe algo, e, na medida em que se lhe concede tutela judicial para obter o que exige, lhe é atribuída a *actio*. Portanto, *actio* era o termo para designar o que se podia exigir de outro, ou seja, *actio* é o vocábulo para designar a pretensão. Conclui que a pretensão é o equivalente moderno da *actio*, delineando-a como uma situação jurídica substancial, distinta tanto do direito de se queixar quando do próprio direito subjetivo, do qual é uma emanção que funda a possibilidade de o autor exigir a realização judicial do seu direito.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>1675</sup>, citando Pugliese, afirma que, na visão de Windscheid, a pretensão é o poder jurídico de exigir a prestação em juízo. Assim, absorve-se o conteúdo substancial da *actio* no conceito de pretensão, circunstância que favoreceu a concepção meramente processual ou publicística da ação.

Em meados do século XIX, ao criticar as idéias de Windscheid, Muther<sup>1676</sup> sustentou a idéia de um direito de agir contra o Estado - na pessoa dos seus órgãos jurisdicionais -, e também que a própria *actio* seria um direito do autor para que o pretor lhe outorgasse a "fórmula" - que constituía, na sua época, a tutela jurídica. Argumentou que a ordenação romana era de direitos, dizendo que aquele que pedia a fórmula ao pretor também devia ter um direito subjetivo, o qual, no seu raciocínio, seria o próprio fundamento do direito à fórmula<sup>1677</sup>.

---

<sup>1675</sup> Efetividade e tutela jurisdicional. *Estudos de direito processual civil*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 423.

<sup>1676</sup> Publicou, em 1857, a obra *Zur Lehre von römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen - Eine Kritik des windscheid'schen Buches* ("Sobre a teoria da *actio* romana, do moderno direito de queixa, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações"), segundo informa Fábio Luiz Gomes, op. cit., p. 97.

<sup>1677</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 161.

Sobre o assunto, Marinoni<sup>1678</sup> informa, mais, que:

De acordo com Muther, desde o direito romano se podia conceber que, ligado a um "direito originário", havia um direito contra o Estado, de modo que também no direito moderno, diante da idéia de *Klagerecht*, existiria um direito de agir autônomo em relação ao direito originário, ainda que a ele vinculado. Esse direito de agir, além de gerar ao Estado o dever de prestar a tutela ao autor, fundaria o direito de o Estado exercer contra o réu a coação necessária para alcançar o cumprimento da sua obrigação. O direito de agir se destina a fazer com o que o Estado exerça o seu direito contra o obrigado e, por mais essa razão, tem uma clara ligação com o direito material do autor contra o réu. Para Muther, o direito de agir, embora não se confundindo com o direito material, tem ele como pressuposto. Assim, a sua construção, ainda que isolando o direito de agir do direito material, tem uma base de direito privado. Contudo, as ponderações de Muther foram aceitas, ainda que em parte, por Windscheid, levando-o a admitir a existência de uma ação processual ao lado da pretensão de direito material. Embora deixando claro que a existência de uma ação dirigida contra o Estado, tal como delineada por Muther, não infirmava a tese de que a *actio* romana estava no plano do direito privado - e, por isso mesmo, no direito moderno deveria ser vista como uma pretensão do direito material -, Windscheid acabou concluindo que a categoria da pretensão de direito material convive, no direito moderno, com o que ele denominou de "direito á tutela do Estado".

Para Carlos Alverto Álvaro de Oliveira<sup>1679</sup>, foi principalmente a crítica de Muther, depois incorporada por Windscheid, que propiciou a criação dos elementos necessários para uma nova concepção, na medida em que foi distinguido um direito à tutela do Estado, direito de agir, a que se atribuiu natureza pública, ficando intocado o direito material apesar da lesão. Afirma que:

A partir dessa idéia, Windscheid reconhece também a legitimidade de um conceito de ação material junto de uma ação processual. Essa admissão constitui sem dúvida alguma o maior fruto da polêmica travada entre os dois juristas alemães. O direito de ação no sentido material é a pretensão jurídica material, pela qual é dada com a ação a autorização de realizar - por meio da "contraposição da vontade do obrigado e da vontade do titular do direito" - aquilo que se reclama do adversário, o que dele se exige no sentido material. O direito de ação em sentido processual, em contrapartida, é o "direito à tutela do

---

<sup>1678</sup> Op. cit., p. 162.

<sup>1679</sup> Op. cit., p. 423-424.

Estado" (*Recht auf Hülfe des Staates*), não integrando o direito material, mas o processual. Como se constata, Windscheid - principalmente em face das críticas de Muther, às quais veio a aderir - ultrapassa em larga medida a concepção dominante no seu tempo. Não apenas restou destruída a unidade até então existente entre o direito material e o direito de ação, mas também foi concedida substância própria à teoria processual no domínio da doutrina do direito de ação, substância que teoricamente até então esta não exibia, pois tudo era deixado aos cuidados do direito civil, cujos resultados eram geralmente apropriados pela ciência processual.

Dessas idéias, visando a explicar a natureza jurídica do direito de ação, surgiram duas correntes principais: a teoria do direito abstrato de agir e a teoria do direito concreto à tutela jurídica. Plósz e Degenkolb são considerados os fundadores da teoria da ação abstrata, destacando-se entre os integrantes da segunda corrente Wach, Goldschmidt e Chiovenda.

Foi Degenkolb (1877), conforme registra Giuseppe Chiovenda<sup>1680</sup>, quem primeiro definiu a ação como um direito subjetivo público, correspondente a todo aquele que de boa-fé creia ter razão, para ser ouvido em juízo e obrigar o adversário a apresentar-se. Para Degenkolb a ação é um direito abstrato de agir, desvinculado de todo fundamento positivo que legitime as pretensões dos que a exercitam. Posteriormente, ele próprio reconheceu que o direito de agir corresponde não a quem tem razão, mas a qualquer um que acredite sinceramente que a tem.

Plósz e Degenkolb entenderam que o direito de agir não excluía a possibilidade de uma sentença desfavorável, qualificada por Plósz como "direito abstrato". Para esses juristas, o direito de agir seria autônomo, independente do reconhecimento do direito material. Sustentaram a idéia de que o direito de agir é antecedente ao seu exercício, que se daria por meio da demanda, mas somente teriam esse direito aquele que afirma uma lei, ou aquele

---

<sup>1680</sup> *Instituições de direito processual civil*, tradução do original italiano, 2. ed. "Instituzioni di Diritto processuale Civile", por Paolo Capitanio, 2. ed., v. 1, Campinas-SP: Bookseller, 2000, p. 41.



que reclama a restituição de um mútuo e não o pagamento de uma dívida de jogo, conforme exemplo de Chiovenda<sup>1681</sup>.

Mortara também sustentou que o direito de agir não reclamava o reconhecimento da existência do direito material, colocando-se, nesse ponto, ao lado das teorias de Degenkolb e de Plósz. Todavia entendia que a ação se fundava na mera afirmação de existência do direito e, portanto, não era preciso dizer que a ação somente existia quando exercida conscientemente ou de boa-fé. Defendeu que o direito de agir nada tinha a ver com o reconhecimento do direito material, dispensando a idéia de boa-fé do autor. Fundava-se em uma afirmação de direito decorrente do contraste de duas posições ou da negação da vontade indispensável ao reconhecimento do direito subjetivo<sup>1682</sup>.

O alemão Adolf Wach não acatou a tese do direito de agir contra o Estado, construindo a teoria da pretensão à tutela jurídica, que unia elementos de direito material e processual. A pretensão à tutela jurídica se voltava contra o Estado, que era obrigado a concedê-la, e contra o adversário, que deveria suportá-la. Wach distinguia a pretensão à tutela jurídica da pretensão à sentença: a primeira era devida a uma das partes e a segunda, a ambas. Ainda que o autor e o réu tivessem pretensão à sentença, a pretensão à tutela jurídica dependia de uma sentença favorável<sup>1683</sup>.

Os traços essenciais e marcantes do pensamento de Adolf Wach, segundo Arruda Alvim<sup>1684</sup>, são os seguintes:

---

<sup>1681</sup> *Apud* Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 163.

<sup>1682</sup> *Apud* Luiz Guilherme Marinoni, idem, p. 164.

<sup>1683</sup> *Apud* Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 164-165.

<sup>1684</sup> *Manual de direito processual civil*, op. cit., v. 1, p. 381.

1º) a ação é relativamente independente do direito material (substancial), que por seu intermédio se pretende fazer valer; 2º) é, assim, um direito secundário, dado que supõe - na generalidade dos casos - um outro direito, o qual é, por sua vez, o direito primário; 3º) com este direito primário, porém, não se confunde, embora haja de retratar qual seja esse direito. Esta afirmação é verdadeiramente axiomática, se tivermos presente a hipótese da ação declaratória negativa, cujo pressuposto é a própria inexistência de uma relação jurídica de direito material; 4º) os requisitos do direito de ação são determinados pelo direito processual; 5º) a ação é bifronte, exercitável em duas direções: a) em face do Estado, a quem se pede a prestação jurisdicional; b) contra o réu, obrigado a suportar a referida prestação.

As idéias de Wach ganharam outra roupagem com a teoria do direito justicial (*justizrecht*), desenvolvida por James Goldschmidt. Entendeu que o direito de ação (*Klagerecht*), a que também denominou pretensão à sentença (*Urteilsanspruch*), constitui um direito público subjetivo de tutela jurídica dirigido apenas contra o Estado, com vista à obtenção de uma sentença favorável. Classificou o direito de ação, enquanto objeto concreto do processo (o *meritum causae*), como direito justicial material<sup>1685</sup> e não processual. Defendeu ser possível separar o direito de ação contra o Estado e a pretensão privada contra o obrigado, conquanto fossem indistintos os dois direitos no horizonte da *actio romana*<sup>1686</sup>.

Por sua vez, Chiovenda<sup>1687</sup> (1903), acolhendo parte substancial da teoria de Wach, definiu ação como um direito potestativo; como o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei; como um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. Para ele só existiria direito de ação quando a sentença fosse favorável ao autor.

---

<sup>1685</sup> Para Goldschmidt, a pretensão à tutela jurídica pertence ao direito material, embora apresente natureza processual, constituindo, assim, um direito justicial material, cf. informa Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, op. cit., p. 426.

<sup>1686</sup> Cf. Carlos Alberto Álvaro Oliveira, op. cit., p. 426.

<sup>1687</sup> Op. cit., p. 41-42.

Para Chiovenda, a ação se destinava a provocar um efeito jurídico contra o adversário, derivado da sentença de procedência que fazia atuar a lei. Entendia que somente é investido da ação aquele cuja demanda é acolhida, daí ser a ação um poder em face do adversário que depende de uma sentença favorável. Esclareceu que a ação é um poder em face do adversário, mais do que um poder contra o adversário. Com isso quis dizer que a ação não exige obrigação alguma, já que o adversário, diante da ação, não é obrigado a nada. Mas, em caso de sentença favorável, ficaria sujeito apenas aos efeitos jurídicos da atuação da lei<sup>1688</sup>.

Segundo Chiovenda, a ação seria um direito potestativo. Os direitos potestativos têm a característica fundamental de, por meio deles mesmos, poder "alguém...influir, com sua manifestação de vontade, sobre a condição jurídica de outro, sem o concurso da vontade deste. O direito potestativo tem dois objetivos primordiais: 1º) fazer cessar um direito ou estado jurídico existente; 2º) produzir, pela mera modificação, um estado jurídico inexistente. Assim, o poder de ação, para Chiovenda, consistia no direito de conseguir uma atuação concreta da lei em face de um adversário. Concluiu, ainda, que, com o exercício do direito, a que corresponderia a ação, ela se exauria, e que ação e obrigação eram, por consequência, dois direitos subjetivos distintos, que somente juntos e unidos preencheriam plenamente a vontade concreta da lei<sup>1689</sup>.

Francesco Carnelutti<sup>1690</sup> definiu a ação como um direito subjetivo processual das partes, afirmando que o direito subjetivo material tem por conteúdo a prevalência do interesse na lide, e por sujeito passivo, a outra

---

<sup>1688</sup> Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 166.

<sup>1689</sup> Arruda Alvim, op. cit., p. 382-383.

<sup>1690</sup> *Instituições do processo civil*, tradução embasada na 5. ed. italiana, por Adrián Sotero De Witt Batista, v. 1, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 366-367.

parte; já o direito subjetivo processual tem por conteúdo a predominância do interesse na composição da lide, e por sujeito passivo, o juiz; enquanto a ação é uma relação, a pretensão é um fato, e, mais concretamente, um ato jurídico.

Calamandrei<sup>1691</sup>, por sua vez, defendia que a base dos conceitos de ação e jurisdição era formada, no Estado moderno, pela premissa fundamental da proibição da autodefesa. E, para poder dar razão a quem tem, defendia que, quem não tinha razão, também fosse admitido a fazer com que o juiz constatasse se ele a possuía ou não. Falava na existência da ação entendida como atividade, e, também, como direito; e mais, que ambos os conceitos coexistiam, um não excluindo o outro: o primeiro seria atinente à relação processual, e estava pré-ordenado à declaração de certeza do segundo.

Para Eduardo Couture<sup>1692</sup>, a ação civil seria o substitutivo civilizado da vingança, consistindo em um poder jurídico de apelar para o tribunal, pedindo algo contrário aos interesses do demandado. A circunstância de ser essa pretensão fundada ou infundada é coisa diferente. O direito de recorrer ao tribunal pedindo algo contra outrem é um direito de petição.

Entendia Couture que a ação civil não diferia, em sua essência, do direito de petição em relação à autoridade. O direito de petição seria o gênero, e a ação civil, a espécie. Porém, quando o direito de petição é exercido diante do Poder Judiciário, sob a forma de ação civil, esse poder jurídico não só resulta virtualmente coativo para o demandado, que tem de comparecer para se defender, sob pena de suportar as conseqüências da confissão ficta (da ausência

---

<sup>1691</sup> *Instituciones de derecho procesal civil*. 2. ed., trad. arg. Buenos Aires, 1962, v. 1, p. 39. *Apud* Fábio Luiz Gomes, op. cit., p. 107.

<sup>1692</sup> *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed., trad. de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 13-15.

de defesa), como também se torna coativo para o juiz, que deve, obrigatoriamente, pronunciar-se, de uma forma ou de outra<sup>1693</sup>.

Comenta Marinoni<sup>1694</sup> que na teoria de Couture o direito de ação é assegurado pela Constituição - é uma espécie de direito de petição -, gerando ao cidadão um direito de acesso à jurisdição - que nada tem a ver com o reconhecimento do direito material -, e ao Estado, o dever de prestar a tutela jurisdicional. Tal teoria, ao apresentar o direito de ação como espécie do direito de petição, teve o intuito de frisar que a ação deve ser vista como uma garantia individual do cidadão diante do Estado.

É de se destacar a concepção de Liebman<sup>1695</sup>, jurista italiano que muito influenciou na evolução do direito processual brasileiro. Para ele a ação seria o direito de provocar o exercício da função jurisdicional. Defendia que o direito de ação de natureza constitucional, em sua extrema abstração e generalidade, não poderia ter nenhuma relevância para o processo, constituindo um simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseava a ação em sentido processual. Entendia exercida a função jurisdicional somente quando o juiz pronunciasse uma sentença sobre o mérito, ainda que a decisão fosse desfavorável ao autor da ação.

Idealizou a teoria das condições da ação, de início, colocando que, para o exercício do direito de ação, fazia-se necessário o preenchimento de

---

<sup>1693</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 167-168.

<sup>1694</sup> Idem, p. 168.

<sup>1695</sup> *Manuale di diritto processuale civile (principi)*. 6. ed. a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo R. Ricci. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, p. 148.

algumas condições ou requisitos, que seriam: a possibilidade jurídica do pedido<sup>1696</sup>, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir.

Marinoni<sup>1697</sup>, ao comentar a teoria de Liebman, observa que ele também deu destaque à existência de um direito constitucional que garante que todos os cidadãos podem levar suas pretensões ao Poder Judiciário. Porém esse direito de agir, garantido constitucionalmente, não se confunde com a ação. Essa, embora se funde no direito constitucional de acesso aos tribunais (no direito de agir), em si mesma "nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular e identifica-se por três elementos bem precisos: os sujeitos (autor e réu), a *causa petendi* (i.e., o direito ou relação jurídica indicada como fundamento do pedido) e finalmente o *petitum* (que é o concreto provimento judicial postulado para a tutela do direito lesado ou ameaçado)". Entende que:

Liebman tentou se colocar na metade do caminho daqueles que, de um lado, entendem que a ação depende do efetivo reconhecimento do direito material, e daqueles outros que sustentam que a ação é um direito de agir totalmente abstrato, decorrente da mera capacidade jurídica. Ou seja, a ação não depende de uma sentença favorável, mas requer a presença das condições da ação. Liebman ainda concluiu que, quando o juiz reconhece que as condições da ação não estão presentes, e assim se nega a julgar o mérito, não há verdadeiro exercício da jurisdição, pois entre a ação e a jurisdição existe exata correlação, não podendo existir uma sem a outra. Porém, a teoria de Liebman não se limitou a dizer que não há jurisdição no caso de carência de ação, mas também disse que só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão.

Assevera Arruda Alvim<sup>1698</sup> que o que interessa, primordialmente, é estudar a ação e construir uma teoria tendo em vista sua

---

<sup>1696</sup> Não está mais incluída a possibilidade jurídica do pedido entre as condições da ação na terceira edição do seu *Manuale di Dritto Processuale Civile*, v. 1.

<sup>1697</sup> Op. cit., p.168-169.

<sup>1698</sup> Op. cit., p. 385.

finalidade (que é a aplicação da lei), sempre em função do interesse público, e não focá-la unilateralmente, só pela perspectiva do autor. Esta aplicação da lei, mesmo no caso do efetivo exercício de ação improcedente, terá sido feita, pois se terá dado razão ao réu, e não ao autor. Reconhece que, inegavelmente, tal direito abstrato de ação existe, e diversas Constituições são expressas a respeito deste tipo de acesso ao Judiciário.

A Constituição brasileira, expressamente, assegurou não poder a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inc. XXXV, art. 5º).

Segundo o Código de Processo Civil, para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade (art. 3º), considerando-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara (art. 263). A petição inicial, é, pois, o ato que veicula a ação. Deve indicar os requisitos arrolados no art. 282 do CPC e ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 283, CPC). Quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual, o juiz deve extinguir o processo, sem resolução de mérito (inc. VI, art. 267, CPC).

Marinoni<sup>1699</sup> observa que, mesmo quando verificada a ausência de uma das chamadas "condições da ação", é inegável que a jurisdição atuou e a ação foi exercida. Argumenta que o direito de ação de base constitucional não pode ser limitado a um ato de provocação da jurisdição, já que deve dar ao cidadão a possibilidade da efetiva proteção do direito. Nesse

---

<sup>1699</sup> Op. cit., p. 179-181.

sentido, entende que a ação não é meramente proposta, mas sim exercida, desenvolvendo-se com o fim de permitir o julgamento do mérito e, no caso de reconhecimento do direito material, a tutela jurisdicional que seja realmente capaz de protegê-lo. Entende, ainda, que:

É correto dizer que, no caso de improcedência, não se presta tutela jurisdicional ao direito material - uma vez que esse não é reconhecido. Mas a sentença de improcedência constitui resposta ao pedido de tutela jurisdicional do autor. Caso o direito à tutela jurisdicional dependesse do reconhecimento do direito material, ele seria um direito concreto. Ou melhor, agora a ação seria abstrata, mas o direito à tutela jurisdicional, concreto. Contudo, as mesmas razões que conferem natureza abstrata à ação impõem natureza abstrata ao direito à tutela jurisdicional. Vale dizer: o autor tem direito à tutela jurisdicional efetiva ainda que o seu direito material não exista ou não seja reconhecido. Aliás, o art. 2º do CPC afirma que "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais". Diante do CPC, portanto, somente seria possível concluir que a sentença de improcedência não presta a tutela jurisdicional "nos casos e forma legais". Como esse argumento é pouco mais do que absurdo, o CPC impõe a conclusão de que a tutela jurisdicional também é prestada à parte que é reconhecida como não tendo razão".

Explica Nelson Nery Júnior<sup>1700</sup> que o direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado. É um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. Como o objeto do direito subjetivo de ação é a obtenção da tutela jurisdicional do Estado, deve entender-se por realizado o direito subjetivo de ação assim que pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor.

Arruda Alvim<sup>1701</sup> destaca que não é este direito de petição, manifestamente genérico e abstrato, que é objeto específico e precípuo do Direito Processual Civil. O direito de ação, verdadeiramente objeto do processo

---

<sup>1700</sup> *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103-104.

<sup>1701</sup> *Op. cit.*, p. 386.



civil, é aquele idôneo e apto a provocar desenvolvimento da atividade jurisdicional até a sentença de mérito. Além de que o fato de alguém preencher as condições da ação não lhe confere o direito de vitória. Conclui que:

Para nós, e, principalmente, para nossa lei vigente, contudo, basta haver possibilidade jurídica do pedido do autor, aliada à legitimidade para aquela causa e ao interesse processual, para que estejam preenchidas as condições de exercício do direito subjetivo de ação. Finalmente, lembremos que a ação está situada no campo do direito público e não no direito privado, como normalmente ocorre com o direito material (Direito Civil ou Comercial), e também que é por meio dela que se fazem valer normas de direito material público. A ação está sempre e necessariamente, por definição, na órbita do direito público, dado que é ao Estado que cabe - e via de regra, só a ele - a distribuição da Justiça, através das prestação jurisdicional.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>1702</sup>, ao afirmar que a ação processual é una e abstrata, deixa claro que:

a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo (art. 5º, XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também uma garantia "de resultado", ressaltando o nexó teleológico fundamental entre "o agir em juízo" e a "tutela" do direito afirmado. Essa mudança de perspectiva não permite mais referência à ação como tal - nem à demanda ou à exceção em si, "instrumentos" tecnicamente neutros -, mas sim, aos tipos de pronunciamento e de tutela, que com o exercício de seus poderes as partes podem obter do processo. Perdeu sentido, portanto, falar *ex ante* de tipicidade ou de atipicidade da ação, ou recorrer à tradicional tipologia das ações, visto que a tipicidade e a classificação tipológica constituem atributos ou prerrogativas sistemáticas do "resultado" de mérito (e não do meio processual garantido pela norma constitucional). Põe-se assim em destaque os efeitos jurídicos e os conteúdos variáveis das diversas formas de tutela jurisdicional, que dão resposta ao objeto variável da demanda jurisdicional. Na doutrina alemã,[...] a ação ("Klage") termina por se converter no poder processual de propor uma "demanda" ao órgão jurisdicional, já que a sua diferenciação tipológica se exaure na diferenciação objetiva dos pronunciamentos de tutela, que o seu exercício permite solicitar e possivelmente obter. Ainda sob este perfil, portanto, a coordenação dos conceitos mais tradicionais ("Rechtsschutzanspruch", "Klage", "Klagbegehren", "prozessuale Anspruch") em muito conduz a desvalorizar a importância conceitual da ação, que, em termos práticos, pode ainda se dizer autonomamente identificada como um

---

<sup>1702</sup> Op. cit., p. 439.

*quid* diverso do poder técnico de proposição da demanda de tutela. Por derradeiro, o próprio tratamento do tema,[...] demonstra claramente que condenar, declarar, constituir, mandar ou executar não passam de tipos ou formas de tutela jurisdicional.

Para Marinoni<sup>1703</sup>, o exercício da ação configura, em si mesmo, a possibilidade de se permitir a tutela dos direitos de liberdade ameaçados ou lesados pelo Estado (p. ex., mandado de segurança), a realização dos direitos fundamentais sociais (v. g., direito à educação), a satisfação dos direitos fundamentais de proteção (*ex.vi*, direito do consumidor), ou mesmo servir de canal para a participação no poder e na reivindicação dos direitos fundamentais (p. ex. ação popular e ação coletiva). Analisando o direito de ação como direito fundamental, afirma que:

O direito de ação é um direito fundamental processual e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles. O direito de ação aparece exatamente no momento em que o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para a realização e a proteção dos direitos. A partir daí o Estado assume o monopólio da solução dos conflitos e da tutela dos direitos e, por consequência lógica, dá ao privado o direito de acudir a ele. Esse último direito, antes denominado de direito de agir e agora chamado de direito de ação, é a contrapartida da proibição da realização privada dos direitos e, portanto, é devido ao cidadão como um direito à proteção de todos e quaisquer direitos. Ou seja, é um direito fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas sim à proteção de todos os direitos.[...] É exatamente por isso que o direito de ação não pode ser obstaculizado por entraves como o do custo do processo. Mas não adianta simplesmente proclamar que o direito de ação não pode ser inviabilizado por questões sociais. Na verdade, o direito fundamental de ação requer uma postura ativa do Estado não somente voltada à supressão dos obstáculos sociais ao seu uso, mas também à sua plena efetividade e tempestividade (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF).

---

<sup>1703</sup> Op. cit., p. 204.

Ressalta Marinoni<sup>1704</sup> que o direito fundamental de ação, destinado a regular a relação entre o Estado prestador e o particular, exige prestações estatais positivas voltadas a sua plena realização concreta, ou seja, requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento. Além disso, esse direito fundamental de ação não incide somente contra o Estado-juiz, mas igualmente sobre o legislador. Lembra que a jurisdição somente pode atuar se tiver a seu dispor uma estrutura administrativa adequada e técnicas processuais que realmente lhe permitam prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva.

Adverte o mencionado autor, por outro lado, que merecem cuidado as normas que obstaculizam ou dificultam o acesso à justiça, as normas que são insuficientes para permitir a efetividade da tutela jurisdicional e, especialmente, a falta de norma processual que impede a adequada tutela do direito. Argumenta que, justamente porque o poder jurisdicional se coloca entre o autor e o réu, há o direito de ação e o direito de defesa, ambos com natureza de direito fundamental, de modo que, se o direito fundamental de ação requer uma postura jurisdicional consentânea com a efetividade da tutela do direito, o direito fundamental de defesa não permite que a jurisdição se utilize de instrumentos processuais que possam causar gravames desnecessários ao réu<sup>1705</sup>.

---

<sup>1704</sup> Afirma que, na perspectiva da necessidade de técnicas processuais, o direito fundamental de ação pode ser concebido como um direito à fixação das técnicas processuais idôneas à efetiva tutela do direito material. Trata-se de um direito que vincula o legislador, obrigando-o a traçar as técnicas processuais capazes de permitir a proteção das diversas situações conflitivas. Por técnicas processuais cabe entender procedimentos, sentenças e meios executivos, assim como as técnicas de antecipação da tutela e de seu acautelamento. Todas essas técnicas devem poder ser utilizadas pelo juiz conforme as necessidades dos diferentes casos concretos, pois só assim a tutela jurisdicional poderá ser prestada de maneira efetiva. Op. cit., p. 206-207.

<sup>1705</sup> Op. cit., p. 211 e 214.

Para Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1706</sup> ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se. O princípio constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Por tutela jurisdicional adequada entendem que é a provida da efetividade e eficácia que dela se espera. Acrescem que, caso o jurisdicionado necessite de atuação pronta do Poder Judiciário, haja ou não lei prevendo e regulando concessão de liminares, haja ou não lei limitando ou restringindo a concessão de liminares, ela deve ser concedida pelo Poder Judiciário, em atendimento ao art. 5º inc. XXXV da Constituição Federal. Mesmo assim, reconhecem que é preciso que a parte preencha as condições da ação (CPC 267 VI) para que possa obter sentença de mérito<sup>1707</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>1708</sup>, ao analisar o conteúdo do direito de ação a partir da Constituição Federal, observa que o referido direito não se exaure com a sentença de procedência ou com o acórdão do tribunal que a confirmou, nem mesmo com o seu trânsito em julgado. Isso porque o direito de ação exige que a sentença de procedência se revista da forma procedimental adequada à proteção do direito e, também, que disponha dos meios executivos aptos à sua implementação. Conclui que:

Assim, a sentença (compreendida como medida processual) e a execução adequadas são óbvios corolários do direito de ação, impondo a conclusão de que o direito de ação, muito mais do que o direito ao julgamento do pedido, é o direito à efetiva tutela jurisdicional. Isso porque, por efetiva tutela jurisdicional, deve-se entender a efetiva proteção do direito material,

---

<sup>1706</sup> *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131.

<sup>1707</sup> O direito de ação não se confunde com o direito de petição, previsto no inc. XXXIV, art. 5º, CF. Para Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, o direito de petição, que é um direito político e impessoal, pode ser exercido por qualquer um, pessoa física ou jurídica, para que se possa reclamar, junto aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder. Não é preciso obedecer a forma rígida de procedimento para fazer-se valer, caracterizando-se pela informalidade. Pode vir exteriorizado por intermédio de petição (no seu sentido estrito), representação, queixa ou reclamação. Op. cit., p. 130.

<sup>1708</sup> Op. cit., p. 216-218 e 221.

para a qual são imprescindíveis a sentença e o meio executivo adequados.[...] Não há mais como aceitar as teorias clássicas sobre a ação, inclusive a teoria de Liebman, já que a ação não pode mais se limitar ao julgamento do mérito. O direito de ação, além de exigir o julgamento do mérito, requer uma espécie de sentença que, ao reconhecer o direito material, deve permitir, ao lado de modalidade executivas adequadas, a efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, a realização concreta da proteção estatal por meio do juiz. Mas, além de tudo isso, a ação ainda exige a técnica antecipatória, a tutela cautelar e o procedimento adequado à tutela jurisdicional pretendida no plano do direito material, o que também sempre foi ignorado pelas teorias da ação.[...] Mas o que importa, nesse momento, é apenas demonstrar que a ação, no Estado constitucional, não pode pretender ignorar a estrutura do procedimento, ou melhor, a necessária conformação do procedimento, ainda que a partir de uma cláusula processual aberta, para a efetiva proteção do direito material. Portanto, a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV) significa, de uma só vez, que: i) o autor tem o direito de afirmar lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa afirmação apreciada pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou for exercitada; v) o autor tem o direito de influir sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem o direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; vii) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor tem o direito ao procedimento adequado à situação de direito substancial carente de proteção. Todos esses direitos demonstram a extensão do direito de ação, que é muito mais do que o ato solitário de invocar a jurisdição ou do que um simples direito ao julgamento do mérito.

Lembra, finalmente, o citado autor que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, embora afirme apenas que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garante a tempestividade da tutela jurisdicional. Afirma que o direito de ação exige que o tempo para a concessão da tutela jurisdicional seja razoável, mesmo que não exista qualquer perigo de dano<sup>1709</sup>.

---

<sup>1709</sup> Op. cit., p. 221 e 224.

Exigindo a necessidade ou o interesse público a utilização de um determinado bem, e não havendo composição com o seu proprietário sobre o seu valor, deve o expropriante, para obter a transferência compulsória da sua propriedade, valer-se do exercício do direito de ação.

A indispensabilidade do exercício da ação como meio para a obtenção do bem objeto da declaração de necessidade ou utilidade pública, demonstra a real divisão das três funções governamentais ou orgânicas do Estado (legislação, administração e jurisdição), prevista no art. 2º da Constituição Federal, nos seguintes termos: "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

É de se lembrar que a ação de desapropriação é veiculada por meio de uma petição inicial, que deve conter, além dos elementos mencionados nos incisos do art. 282, CPC, a oferta do preço, e ser instruída com um exemplar do contrato, ou do jornal oficial que houver publicado o decreto de desapropriação, ou cópia autenticada deles, e a planta ou descrição dos bens e suas confrontações (art.13 do Dec.-lei n. 3.365/1941).

O Dec.-lei n. 3.365/1941, por certo, possibilita a adequada tutela ao direito do autor-expropriante, já que lhe foi permitido influir sobre o convencimento do juízo, podendo formular as alegações de fato e de direito que entender pertinentes e produzir as provas necessárias para demonstrar o acerto do valor indenizatório ofertado.

É de se observar que, feita a citação, a causa seguirá com o rito ordinário (art. 19, Dec.-lei n. 3.365/1941). Por isso, apesar de a Lei das desapropriações não mencionar a possibilidade de, por exemplo, ser inquirida

testemunha, em entendendo necessária sua oitiva, o autor poderá requerê-la. Além disso, foi previsto no *caput* do art. 24 do Dec.-lei n. 3.365/1941 que na audiência de instrução e julgamento se procederá na conformidade do Código de Processo Civil.

Estabeleceu-se, ainda, a possibilidade de o expropriado interpor recurso de apelação da sentença que fixar o *quantum* da indenização, hipótese em que ele deverá ser recebido em ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo (art. 28, Dec.-lei n. 3.365/1941)<sup>1710</sup>. Caso a sentença condene a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida, ela ficará sujeita ao duplo grau de jurisdição, conforme previsto no § 1º do art. 28 do Dec.-lei n. 3.365/1941<sup>1711</sup>.

Havendo urgência, foi prevista, pelo art. 15 e § 1º do Dec.-lei n. 3.365/1941, a possibilidade de o juiz imitar o autor-expropriante provisoriamente na posse dos bens, devendo para isso efetuar depósito prévio, em uma verdadeira antecipação dos efeitos da sentença de mérito<sup>1712</sup>.

---

<sup>1710</sup> Em regra, a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, *ex vi* do *caput* do art. 520 CPC. O efeito suspensivo é uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso, qualidade essa que perdura até que transite em julgado a decisão sobre o recurso. Pelo efeito suspensivo, a execução do comando emergente da decisão impugnada não pode ser efetivada até que seja julgado o recurso. A decisão, que ainda não havia produzido efeitos, porque não prolatada, continua a não produzi-los pelo efeito suspensivo do recurso, pois a eficácia não preexiste à interposição do recurso que não pode, por certo, suspendê-la, cf. Nelson Nery Júnior, *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 445.

<sup>1711</sup> Estabelece o art. 475, I, do CPC que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público. O § 2º do mesmo artigo diz que não se aplica o disposto nesse artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. Também não se aplica o disposto no artigo 475 quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula desse Tribunal ou do tribunal superior competente (§ 3º).

<sup>1712</sup> Observa-se que, apesar de o art. 35 do Dec.-lei n. 3.365/1941 dispor que: "Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos", e o § 2º do art. 273 do CPC, ao afirmar que não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado", no caso, não ocorre a irreversibilidade do provimento, já que a

Também lhe foi assegurado o meio executivo capaz de dar plena efetividade ao concedido pela tutela jurídica, independente de qualquer execução, já que foi estabelecido no art. 35 do Dec.-lei n. 3.365/1941 que: "Efetuando 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".

Por outro lado, o direito constitucional de ação, também, significa poder defender-se das pretensões que lhe foram deduzidas em juízo<sup>1713</sup>. O direito de defesa constitui um contraponto ao direito de ação. Sem que seja a ele dado efetividade, compromete-se a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional<sup>1714</sup>.

O art. 5º, LV, da CF, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos que lhes são inerentes.

Por ampla defesa vem entendendo a doutrina o conteúdo de defesa necessário para que o réu possa se opor à pretensão de tutela do direito (à sentença de procedência) e à utilização de meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso<sup>1715</sup>.

Marinoni<sup>1716</sup> ressalta que os direitos de ação e de defesa têm de estar em equilíbrio, e não em simetria absoluta. Por isso, caso justificada

---

incorporação dos bens ao patrimônio público só ocorrerá quando da transcrição da transferência da propriedade no registro imobiliário, e não da imissão provisória na posse do imóvel.

<sup>1713</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *Constituição Federal comentada*, op. cit., p. 131.

<sup>1714</sup> Cf. Marinoni, que complementa, que a idoneidade da defesa depende da possibilidade de o réu efetivamente poder negar a tutela do direito. Assim, o direito de defesa não consiste apenas na possibilidade de o réu poder defender-se nos limites traçados por determinado procedimento, já que a regra legal poderá limitar indevidamente o direito de impugnar a pretensão do autor. Op. cit., p. 307-308

<sup>1715</sup> Nesse sentido, Marinoni, op. cit., p. 312-313.

<sup>1716</sup> Op. cit., p. 312-313.



racionalmente, eventual restrição não fere o direito constitucional de defesa. Deve evitar-se que a restrição da defesa redunde em "prejuízo definitivo", retirando do réu a oportunidade de exercê-la em fase posterior à decisão proferida no curso do processo ou mesmo por meio do exercício de ação autônoma.

Entende Marinoni<sup>1717</sup> que, no procedimento da ação expropriatória, justifica-se a limitação prevista no art. 20 do Dec.-lei n. 3.365/1941 pela necessidade de se dar tutela ao direito de desapropriar do Poder Público, ressaltando a possibilidade de ser a questão apresentada pelo réu em ação autônoma, proposta em face do autor da ação de desapropriação.

Mesmo reconhecendo que não raro os procedimentos especiais sofrem limitações ou condicionamentos quanto ao direito de defesa, em relação à resposta do réu na demanda expropriatória, esse direito foi dificultado e limitado de forma excessiva, o que acaba por comprometer a efetividade e eficácia da tutela jurisdicional ali prestada.

Como visto, a Constituição Federal somente permite a desapropriação na ocorrência de necessidade ou utilidade pública ou interesse social (inc. XXIV, art. 5º), constituindo as causas justificadoras do instituto.

Não obstante tratar-se de exigência constitucional fundamental, o Dec.-lei n. 3.365/1941, em seu art. 9º, veda ao Poder Judiciário, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública. Reforça, no art. 20, que a contestação só poderá versar sobre

---

<sup>1717</sup> Op. cit., p. 313.

vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

Assim, no processo de desapropriação, não é permitido ao réu contestar o fato constitutivo ou negar o efeito jurídico que lhe foi imputado pelo autor. Ao contestar, o réu não tem como reagir à pretensão expropriatória, mesmo não tendo ocorrido qualquer das causas constitucionais justificadoras da sua utilização. Tal situação acaba por privilegiar o expropriante infundado em afronta e detrimento ao que foi permitido e previsto pela Constituição Federal. Verifica-se que no processo expropriatório os direitos de ação e de defesa não estão em equilíbrio.

As restrições impostas pelo Dec-lei n. 3.365/1941 não se coadunam com o direito substancial afirmado pela Constituição, nem se justificam. Não há de se falar que elas ocorrem em prol do interesse público, por visarem à celeridade na prestação jurisdicional. É que, havendo urgência, e mediante prévio depósito, foi possibilitada a imissão provisória na posse do bem expropriando, independente da citação do réu (art. 15, Dec.-lei n. 3.365/1941).

Ademais, tais restrições resultam, sim, em "prejuízo definitivo" ao expropriando, na medida em que os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não mais poderão ser objeto de reivindicação e, mesmo que seja reconhecida a nulidade do processo de desapropriação, tudo se resolverá em perdas e danos (art. 35, Dec.-lei n. 3.365/1941). Por isso, para o expropriado, a tutela jurisdicional, ainda que concedida, não mais será tempestiva, nem eficaz ou efetiva.

As limitações impostas ao direito de defesa acabam por ofender, também, a regra da igualdade, princípio norteador da isonomia, que serve de diretriz na interpretação de todos os direitos e garantias fundamentais arrolados na Constituição da República brasileira.

Também, caso o expropriando resolva interpor recurso da sentença que fixou o preço da indenização, sua apelação será recebida somente no efeito devolutivo (art. 28), diferentemente do tratamento concedido ao recurso da mesma espécie oferecido pelo autor-expropriante, e sem considerar a restrição contida no art. 35 do Dec.-lei n. 3.365/1941

Por outro lado, a Constituição Federal também prevê ser prévia a indenização expropriatória. Prévia indenização significa o pagamento do valor real do bem antes de o expropriante exercer qualquer dos poderes derivados do domínio<sup>1718</sup>. Todavia, caso por qualquer motivo, após a liquidação da sentença, a Fazenda Pública não efetive o pagamento ou deposite o *quantum* fixado na sentença, mas não desista da desapropriação, o expropriado terá que promover execução por quantia certa, seguindo as regras previstas nos arts. 730 e ss. do CPC. Caso não tenham sido opostos embargos ou, em sendo, tenham sido eles julgados improcedentes, o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente, submetendo-se tal pagamento à regra do art. 100 da CF. Por certo, o procedimento adotado para a efetivação do pagamento da prévia indenização compromete a efetividade do comando constitucional (inc. XXIV, art. 5º).

Fica claro que o direito fundamental de defesa não se coaduna com esses instrumentos processuais encontrados no Dec.-lei n.

---

<sup>1718</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *Constituição Federal comentada*, op. cit., p. 130.

3.365/1941, já que eles podem causar gravames desnecessários ao réu. Por isso, faz-se necessário que o legislador federal proceda a uma reformulação profunda de várias das técnicas processuais ali adotadas.

Nas palavras de Barbosa Moreira<sup>1719</sup>, qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena, ou seja, na medida em que seja efetivo. Deve constituir instrumento eficiente de realização do direito material. Assevera que, do ponto de vista social, merecerá a denominação de efetivo o processo que consinta aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças - não só econômicas, mas também políticas e culturais.

Por último, atualmente, a ação vem sendo definida pela doutrina moderna como o direito constante na lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade, tendo por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material)<sup>1720</sup>. O direito público, subjetivo e abstrato, de natureza constitucional, regulado pelo Código de Processo Civil, de pedir ao Estado-juiz o exercício da atividade jurisdicional no sentido de solucionar determinada lide<sup>1721</sup>. Diante de seus desdobramentos concretos, um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva<sup>1722</sup>. Em seu sentido mais lato, ora significa o direito público subjetivo de pedir a tutela jurisdicional (ação *stricto sensu*), em todas as suas modalidades (ação, reconvenção, ação declaratória

---

<sup>1719</sup> *Temas de direito processual civil: oitava série*, op. cit., p. 15-16.

<sup>1720</sup> Cf. Arruda Alvim, op. cit., p. 388.

<sup>1721</sup> Cf. Wambier, Correia de Almeida e Talamini, op. cit., v. 1, p. 119.

<sup>1722</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 221.

incidental, denunciação da lide, chamamento ao processo, oposição, embargos do devedor, embargos de terceiro, incidente de falsidade documental etc.), ora o direito de solicitar do Poder Judiciário a administração de certos interesses privados (jurisdição voluntária), bem como de opor exceções, recorrer, ingressar como assistente e suscitar incidentes processuais<sup>1723</sup>. Será o direito subjetivo público abstrato assegurado ao indivíduo em face do Estado, que lhe garante a atuação da jurisdição para a apreciação do objeto do processo, que é o pedido formulado pelo autor<sup>1724</sup>.

#### 4.2 - Condições da ação

Há tempos, a doutrina aponta como sendo três as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade *ad causam*, na construção idealizada por Liebman. Todavia, posteriormente, Liebman abandonou a categoria da "impossibilidade do pedido". Ao tratar do interesse processual, afirmou que seria uma inutilidade [faltaria interesse de agir] proceder ao exame do pedido para conceder ou negar o provimento postulado quando o provimento não pudesse ser proferido, porque não admitido por lei<sup>1725</sup>.

Na concepção de Liebman, as condições da ação são requisitos para a sua existência; são os seus requisitos constitutivos. Quando ausentes, há carência de ação. Estando presentes, a ação deve ser considerada existente, como direito a provocar o exame e a decisão do mérito. Essa decisão poderá ser, conforme os resultados do processo, tanto favorável como

---

<sup>1723</sup> Cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, *Código de processo civil comentado*, op. cit., p. 143.

<sup>1724</sup> Cf. Liebman, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976. *Apud* Donald Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.34.

<sup>1725</sup> Esse posicionamento foi adotado já na 3. edição do seu *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 155.

desfavorável, no sentido de que o pedido poderá ser acolhido ou rejeitado e, conseqüentemente, a medida postulada poderá ser concedida ou negada<sup>1726</sup>.

O Código de Processo Civil determina algumas situações que acarretam o indeferimento da petição inicial (art. 295, CPC), quando, então, o juiz deverá trancar liminarmente a petição inicial, sem dar prosseguimento ao pretendido pelo autor<sup>1727</sup>. Entre elas, expressamente se refere às condições da ação (incs. I, II, III e parágrafo único, inc. I) como causa do seu indeferimento. Não concorrendo qualquer das condições da ação, extingui-se o processo, sem resolução de mérito.

Arruda Alvim<sup>1728</sup> ensina que as condições da ação são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso Direito positivo; e que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito. Argumenta que as condições da ação são requisitos de ordem processual, *lato sensu*, intrinsecamente instrumentais, e operam, em última análise, para verificar se o direito de ação existe ou não; são requisitos-meio para, admitida a ação, ser julgado o seu mérito. Por possibilidade jurídica do pedido, enquanto condição da ação, entende que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela não haja óbice, no ordenamento jurídico material.

---

<sup>1726</sup> L'azione nella teoria del processo civile, *Problemi del processo civile*, p. 46-47. *Apud* Marinoni, op. cit., p. 170.

<sup>1727</sup> Nesse sentido Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, que acrescentam que o ato do juiz que indefere a petição inicial é sentença, impugnável pelo recurso de apelação, e que, salvo no caso de pronúncia da decadência e da prescrição, todas as demais sentenças de indeferimento da petição inicial são de extinção do processo sem julgamento do mérito. Tais matérias são de ordem pública. Não estão sujeitas à preclusão, podem ser alegadas a qualquer tempo e em qualquer grau da jurisdição ordinária e devem ser conhecidas *ex officio* pelo juiz. *In Código de processo civil comentado*, op. cit., p. 488-489.

<sup>1728</sup> Op. cit., p. 389-390 e 397.

Define Arruda Alvim<sup>1729</sup> o interesse processual como sendo aquele que leva alguém a procurar uma solução judicial, sob pena de, não o fazendo, ver-se na contingência de não poder ver satisfeita sua pretensão. Normalmente, decorre da demonstração de que a outra parte se omitiu ou praticou ato justificador do acesso ao Judiciário. Já o interesse substancial é aquele diretamente protegido pelo direito material; é um interesse de índole primária, dado que incide diretamente sobre o bem. Surgindo um obstáculo impeditivo do gozo desse direito, ou da sua satisfação, nasce um outro interesse, diverso daquele primário. A este interesse secundário dá-se o nome de interesse processual. Destaca que os interesses substancial e processual são independentes, embora este último emergja da insatisfação do interesse substancial. É ele um interesse que há de ser admitido com mais amplitude do que o interesse primário, bastando que haja a mera possibilidade da presença do direito material para a existência do de índole processual. Na análise da existência ou não do direito material, afirma que terá o juiz que raciocinar sobre a possibilidade da presença do direito material, o qual será, *in concreto*, constatado na sentença, à luz das provas, e quase sempre depois de discussão.

Quanto à legitimidade *ad causam*, em face do direito positivo brasileiro, o citado autor aduz que, se não integra os fundamentos da demanda, partindo do direito substancial, é definida em função de elementos fornecidos pelo direito material (apesar de ser dele, existencialmente, desligada). A *legitimatío ad causam* é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença.

---

<sup>1729</sup> Op. cit., p. 391-393.

Reconhece que, normalmente, a legitimação para a causa é do possível titular do direito material (art. 6º) <sup>1730</sup>.

Para Donaldo Armelin<sup>1731</sup>, a ação, como um direito abstrato a uma decisão sobre o mérito, embora inteiramente desvinculada de uma solução favorável ao autor, está sujeita a condições que esgarçam sua abstratividade, por vinculá-la a certa realidade fático-jurídica - realidade essa pelo menos de ordem processual, como resultante de afirmação constante na inicial - à qual se deve reportar para ensejar um pronunciamento definitivo sobre aquele mérito.

No plano científico, Donaldo Armelin<sup>1732</sup> defende a existência de tão-somente duas condições genéricas no processo de conhecimento: a legitimidade das partes e o interesse processual. Afirma que a possibilidade jurídica do pedido ou constitui matéria de mérito, ou pode ser reduzida às duas outras condições. Defende que, a par dessas condições genéricas, podem existir outras específicas, pertinentes a determinados procedimentos.

Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1733</sup> observam que as condições da ação devem estar presentes desde o início do processo, devendo permanecer existentes até o momento da prolação da sentença de mérito. Como são matérias preliminares, as condições da ação possibilitam ou não o julgamento do mérito. Presentes todas elas, e também os pressupostos processuais, pode o juiz ingressar na análise do pedido <sup>1734</sup>.

---

<sup>1730</sup> Op. cit., p. 396-397.

<sup>1731</sup> Op. cit., p. 35.

<sup>1732</sup> Op. cit., p. 40.

<sup>1733</sup> *Código de Processo Civil comentado*, op. cit., p. 436 e 488-489.

<sup>1734</sup> Cf. Nelson Nery Júnior, *in* Condições da ação, *Revista de Processo*, v. 64, p. 34 e 37. No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Lima Freire sustenta que elas são condições para um exercício regular, no âmbito processual, da ação, possibilitando, se preenchidas, o exame do mérito pelo juiz, desde que exista uma relação jurídica processual válida, devendo ser examinadas à luz da relação jurídica hipotética de direito material afirmada em



Ao tratarem da legitimidade das partes, Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1735</sup> destacam que parte, em sentido processual, é aquela que pede (parte ativa) e aquela em face de quem se pede (parte passiva) a tutela jurisdicional. Os litisconsortes, o MP quando ajuíza ação coletiva, o oponente, o litisdenuciado, o chamado ao processo, o assistente litisconsorcial (CPC 54) são partes no sentido processual. Quando existe coincidência entre a legitimação do direito material que se quer discutir em juízo e a titularidade do direito de ação, diz-se que se trata de legitimação ordinária para a causa, que é a regra geral (aquele que se afirma titular do direito material tem legitimidade para, como parte processual, discuti-lo em juízo). Há casos excepcionais, em que o sistema jurídico autoriza alguém a pleitear, em nome próprio, direito alheio, falando-se, pois, em legitimação extraordinária.

Chamam atenção que se deve preferir utilizar o termo da lei ao equívoco "interesse de agir", evitado de falta de técnica e precisão, além de constituir-se em velharia do sistema do CPC de 1939. Ensinam que agir pode ter significado processual e extraprocessual, ao passo que "interesse processual" significa, univocamente, entidade que tem eficácia endoprocessual. Para eles, existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. De outra parte, se o autor mover a ação errada ou utilizar-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual<sup>1736</sup>.

---

juízo. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 43, p. 206.

<sup>1735</sup> Op. cit., p. 436-437.

<sup>1736</sup> Op. cit., p. 436.

O pedido é juridicamente possível, para Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1737</sup>, quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Ressaltam que se deve entender o termo "pedido" não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir. Citam como exemplo o pedido de cobrança, que, estritamente considerado, é admissível pela lei brasileira, mas não o será se tiver como *causa petendi* dívida de jogo (CC 814 *caput*; CC/1916 1477 *caput*).

Ao analisarem as condições da ação, Wambier, Correia de Almeida e Talamini<sup>1738</sup> apresentam o modelo adotado pelo direito brasileiro, declaradamente sob a inspiração da doutrina de Liebman, da seguinte forma:

ao lado de um direito absolutamente abstrato e incondicionado de ter acesso aos juízes e tribunais (o "direito constitucional de ação", "direito de acesso à jurisdição"), há o direito "processual" de ação (direito de receber sentença de mérito, ainda que desfavorável). Para que exista esse segundo direito, devem estar presentes determinados requisitos (as "condições da ação") - sem os quais não se justifica o integral desenvolvimento da atividade jurisdicional (CPC, arts. 3º, 6º, 267, VI, e 301, X).

Afirmam os referidos autores que o interesse processual se compõe de dois aspectos, ligados entre si, que se podem traduzir no binômio necessidade-utilidade, ou no binômio necessidade-adequação. Para eles, a necessidade de que o interesse processual se faça presente tanto pode decorrer de imposição legal quanto da negativa do réu em cumprir espontaneamente determinada obrigação ou permitir o alcance de determinado resultado. Concluem que o interesse processual nasce da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual<sup>1739</sup>.

---

<sup>1737</sup> Op. cit., p. 437.

<sup>1738</sup> Op. cit., p. 130.

<sup>1739</sup> Op. cit., p. 130-131.

Em relação à legitimidade exigida para o autor, Wambier, Correia de Almeida e Talamini<sup>1740</sup> observam que deve haver ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo. Em princípio, ele deve ser o titular da situação jurídica afirmada em juízo (art. 6º do CPC). Quanto ao réu, entendem que é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor. Reconhecem que:

Para que se compreenda a legitimidade das partes, é preciso estabelecer-se um vínculo entre o autor da ação, a pretensão trazida a juízo e o réu. Terá de ser examinada a situação conflituosa apresentada pelo autor. Em princípio, estará cumprido o requisito da legitimidade das partes na medida em que aqueles que figuram nos pólos opostos do conflito apresentado pelo autor correspondam aos que figuram no processo na posição de autor(es) e réu(s). Note-se que, para a aferição da legitimidade, não importa saber se procede ou não a pretensão do autor; não importa saber se é verdadeira ou não a descrição do conflito por ele apresentada. Isso constituirá o próprio julgamento de mérito. A aferição da legitimidade processual antecede logicamente o julgamento do mérito. Assim, como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima, para figurar no pólo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito.[...] Excepcionalmente, porém, admite-se a substituição processual. Trata-se de alguém pleitear em nome próprio (ou seja, não como mero procurador) direito alheio, desde que autorizado por lei (CPC, art. 6º).

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, informam os mencionados autores que na doutrina há formas distintas de configurá-lo. Uma delas sustenta que se estará diante de pedido juridicamente possível quando o ordenamento jurídico contiver, ao menos em tese, em abstrato, previsão a respeito da providência requerida. Outra sustenta que, inexistindo vedação expressa quanto àquilo que concretamente se está pedindo em juízo, haverá pedido juridicamente possível. No entanto, destacam que há autorizada doutrina demonstrando que é preciso mesclar as duas posições para se concluir que, em matéria de direitos contidos na esfera do direito privado, é suficiente a

---

<sup>1740</sup> Op. cit., p. 131-132.

inexistência de vedação expressa quanto à pretensão trazida a juízo pelo autor. Se não houver proibição, estar-se-á diante de pedido juridicamente possível. Já em matéria de direito público, entendem que a questão assume contornos diferenciados, já que só se tem por permitido aquilo que a lei expressamente autorizar, sendo vedado aquilo a respeito de que a lei deixe de fazer qualquer referência. Assim, diante da diferença de tratamento do sistema jurídico para as questões de direito privado e as de direito público, defendem que a avaliação da presença, ou não, da possibilidade jurídica do pedido deve ser feita à luz dos princípios que informam um e outro ramo do direito. Daí entenderem que talvez seja preferível reservar a noção de impossibilidade jurídica do pedido apenas para os casos em que o instrumento processual adotado pelo autor é direta ou indiretamente proibido pelo ordenamento, já que nessa perspectiva a possibilidade jurídica do pedido fica restrita a um aspecto processual, mesmo que, para a aferição de sua presença, ainda seja indispensável o exame da relação material subjacente<sup>1741</sup>.

Para Joel Dias Figueira Júnior<sup>1742</sup>, as condições da ação apresentam natureza jurídica pré-processual, e sua análise deve ser feita em tese, de acordo com a situação concreta alegada pelo autor, sem importar em estudo a respeito do mérito. Disso decorre que as condições da ação não pertencem ao direito substantivo, ao processo e muito menos ao mérito da causa; são requisitos de existência válida para o eficaz exercício do direito de ação à obtenção de uma sentença de mérito.

---

<sup>1741</sup> Op. cit., p. 132-133.

<sup>1742</sup> A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa - o pensamento do prof. Alfredo Buzaid. Revista de Processo, v. 72, p. 339.

A possibilidade jurídica do pedido é conceituada por Joel Dias Figueira Júnior<sup>1743</sup> como a admissibilidade jurídica abstrata da pretensão formulada, isto é, a viabilidade jurídica do pedido. Entende que a legitimação *ad causam* é aquela sem qualquer pertinência com a legitimidade de direito substancial. Afirma que a titularidade do direito propriamente dito somente se verifica e confirma com a prolação da sentença de mérito, na qual o Juiz, depois de analisar os fatos e a norma jurídica aplicável à espécie, poderá afirmar quem realmente tem razão, ou seja, a quem pertence a titularidade do direito deduzido se ao autor (titular da ação) ou ao réu (titular do pólo passivo). Para o autor, o interesse para agir em juízo consiste na necessidade jurídica de obter uma providência (tutela jurisdicional) do Estado para a satisfação de uma pretensão, ou seja, interesse em que o Estado-Juiz se pronuncie a respeito. Acrescenta que:

Só detém interesse para agir o sujeito que alega (pretensão afirmada) possuir um direito substancial ameaçado, lesado ou insatisfeito, para a formação de um processo contencioso ou voluntário. Esse interesse configura-se pela necessidade de obtenção da tutela do Estado (providência quanto ao bem jurídico pretendido). Trata-se de interesse em movimentar a máquina judiciária para obter a consecução de uma pretensão (resistida, insatisfeita ou não-contenciosa).

Carreira Alvim<sup>1744</sup> diz que condições da ação são os requisitos necessários ao exercício do direito de ação, sem cujo preenchimento, não se configura o direito de ação. Entende por possibilidade jurídica do pedido que a pretensão seja em abstrato amparada pelo ordenamento jurídico. Por interesse processual, a necessidade da tutela jurisdicional para evitar ameaça ou lesão do direito; ou a necessidade de invocar a prestação jurisdicional, em um caso concreto. Por legitimidade das partes (*legitimatío ad causam*), a "pertinência subjetiva da lide", ou seja, que o autor seja aquele a quem a lei

---

<sup>1743</sup> Op. cit., p. 340-342.

<sup>1744</sup> Op. cit., p. 123.

assegura o direito de invocar a tutela jurisdicional, e o réu, aquele contra o qual pode o autor pretender algo.

Esse autor observa, todavia, que, à luz do direito processual civil brasileiro, são estes requisitos indispensáveis ao exercício da ação (art. 267, VI), fiel ao antigo magistério de Liebman, mesmo tendo ele próprio abandonado esse entendimento, suprimindo do elenco das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido. Observa que Calmon de Passos já criticava a inserção da possibilidade jurídica do pedido, tal como entendida pela doutrina a partir de Liebman, como uma das condições da ação. Acresce que, para o referido autor, haveria a possibilidade jurídica sempre que a pretensão (substancial) não estivesse expressamente vedada pelo ordenamento jurídico, e não quando faltasse nele a previsão, em abstrato, da pretensão postulada. Opina que:

Realmente, ante o disposto no art. 126 do CPC, que reconhece a existência de lacuna na lei, não se pode compreender a possibilidade jurídica, na sua feição clássica. Haverá caso em que faltará a previsibilidade, em abstrato, pelo direito objetivo, da pretensão material, que deverá ser suprida pelas regras de integração das normas jurídicas, dado que não pode o juiz eximir-se de emitir despacho ou decisão, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei<sup>1745</sup>.

Eduardo Ribeiro de Oliveira<sup>1746</sup>, ao tratar especificamente da possibilidade jurídica do pedido, entende difícil distinguir, em termos meramente conceituais, entre a hipótese de inexistir previsão legal ou esta existir, mas para hipótese de fatos distintos. Ressalta que o resultado é o mesmo, tanto na falta completa de previsão da consequência postulada, como quando a situação de fato descrita não se vincula com a situação prescrita. Afirma que a decisão quanto a permitir que se instaure o processo, para decidir sobre a pretensão do autor, só pode ser alcançada verificando-se qual seja essa pretensão

---

<sup>1745</sup> Op. cit., p. 123-124.

<sup>1746</sup> Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. *Revista de Processo*, v. 46, p. 42.

que consiste fundamentalmente no pedido mediato que se viabiliza pelo imediato.

Reconhece o citado autor prevalecer em nossa ordem constitucional o princípio de que nenhuma lesão de direito individual poderá ser excluída da apreciação do Judiciário. E só este poderá dizer se houve ou não a lesão. Conclui que a conceituação oferecida pela doutrina tradicional não pode subsistir, sendo inaceitáveis alguns exemplos clássicos, pretensamente caracterizadores de impossibilidade jurídica, uma vez que traduzem hipóteses em que se patenteia ter havido apreciação da lide, julgamento de mérito. A impossibilidade jurídica, em face de nosso direito, ocorrerá apenas com os casos em que o pedido não possa ser examinado e não quando as pretensões tenham de ser desde logo repelidas por manifestamente desamparadas.

Fábio Luiz Gomes<sup>1747</sup>, assumindo uma posição crítica à concepção de Liebman, argumenta que, se presentes ou não as chamadas condições da ação, é algo que o juiz vai aferir dentro do processo formado. Defende que as condições da ação integram a relação de direito material posta à apreciação do órgão jurisdicional, e que só por mera e inapropriada ficção (raciocínio hipotético) poderiam ser consideradas também pertinentes à relação jurídica processual. Quanto à possibilidade jurídica do pedido, concorda com a lição de Calmon de Passos, no sentido de que não há qualquer distinção entre a impossibilidade da tutela em abstrato e a pretendida no caso concreto.

A respeito da legitimidade para a causa, o citado autor diz que ela corresponde à identidade das partes (sujeitos da relação processual) com os titulares da relação de direito material posta à apreciação do juiz. Daí que, se

---

<sup>1747</sup> Op. cit., p. 126.

a parte legítima é a titular, no pólo passivo ou ativo, da relação de direito material, e esta não se confunde com a relação jurídica processual, não há como identificá-las a não ser caindo na teoria do direito concreto de ação. Defende que, sendo parte um conceito de processo com o qual se identificam autor e réu, não há como falar em parte processualmente ilegítima - a própria identificação das partes exige, como pressuposto, um processo pendente. Entende que, quando os seguidores da teoria eclética falam em parte ilegítima, na realidade afirmam tanto que a referida parte não é parte, como também que a verdadeira parte não é sujeito do processo. Por isso os mentores de tal doutrina mandam que tal aferição seja feita hipoteticamente, fazendo-se de conta que as afirmações do autor são todas verdadeiras<sup>1748</sup>.

Fábio Luiz Gomes<sup>1749</sup> entende também inadequado considerar o interesse processual condição de ação. Argumenta que a investigação sobre a necessidade ou desnecessidade da tutela jurisdicional, invocada pelo autor para obter a satisfação do direito alegado, implica obrigatoriamente perquirir a respeito da ameaça ou da violação desse direito, ou seja, sobre ponto pertinente à relação substancial. Defende que não estamos diante de uma questão pertinente à relação processual. Acrescenta que:

Aliás, mais uma vez, a razão está com Calmon de Passos quando afirma, apoiado em Michelli, gravitarem em torno do interesse de agir todas as assim denominadas condições da ação, pois que a necessidade da tutela jurídica exige a viabilidade dessa tutela não só em relação ao objeto (possibilidade jurídica do pedido), mas também quanto aos sujeitos (legitimação).[...] Para a maioria dos que seguem a doutrina de Liebman e consideram a ação como o direito a um provimento sobre o mérito, uma vez extinto o processo por ausência de uma das condições da ação poderá o autor intentá-lo de novo -

---

<sup>1748</sup> Confirmando tal entendimento, diz Rodrigo da Cunha Lima Freire, com apoio em José de Albuquerque Rocha, que não estão legitimados apenas os titulares da relação jurídica substancial, como se possa pensar em uma análise superficial, mas os titulares da relação substancial afirmada em juízo, que é meramente hipotética, pois é possível que, ao examinar o mérito, seja declarada a sua inexistência, julgando-se improcedente o pedido do autor. Op. cit., p. 137.

<sup>1749</sup> Op. cit., p.128-129.



neste sentido é expresso nosso Código em seu art. 268. Aqui, a identidade com a teoria do direito concreto revela-se ainda mais forte. Tomemos como exemplo um caso em que o juiz extinguiu o processo julgando o autor de uma ação de despejo parte ilegítima por não ser o locador do prédio. Estaria o Código autorizando, em seu art. 268, o mesmo autor a propor novamente a mesma ação? Obviamente não![...] A pergunta que se impõe é a seguinte: poderá esta mesma pessoa cuja condição de não locador foi declarada em sentença propor novamente a mesma ação contra o mesmo inquilino? Obviamente não! Então a "ação" de que trata o art. 268 será evidentemente outra, e não a "mesma" ação!

Talvez tenha chegado a hora de a douta doutrina brasileira estruturar uma teoria para a ação que melhor se coadune com sua natureza de direito fundamental; que possibilite, efetivamente, a não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito; que promova, no âmbito processual, a atualização, adequação e revitalização do exercício desse direito, visando a melhor atender sua finalidade de, aplicando a lei, resolver os conflitos e fornecer a tutela jurisdicional adequada.

Diante da lei processual civil vigente, o autor da ação de desapropriação, para obter um provimento de mérito, deverá preencher as condições genéricas da ação<sup>1750</sup>, quais sejam: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual, sob pena de, não sendo possível a emenda da inicial, ser ela indeferida, considerando-se o autor carecedor de ação, e extinguindo-se o processo sem resolução de mérito.

Quando o autor formula pedido de desapropriação por utilidade ou necessidade pública, ele o faz autorizado pela própria Constituição Federal (art. 5º, XXIV), que lhe conferiu esse direito, e pelo Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-1941, estatuto básico das desapropriações. Trata-se, pois, de

---

<sup>1750</sup> Nelson Nery Júnior observa que não existem as denominadas "condições específicas da ação" (tais como pagamento do preço na adjudicação compulsória, *periculum in mora* e *fumus boni juris* na ação cautelar, etc). Todas essas "condições específicas" são, na verdade, subsumíveis à condição "genérica" do interesse processual. Op. cit., p. 38.

pedido juridicamente possível, ainda que referido na Constituição Federal e regulado pelo Dec.-lei n. 3.365/1941, que prevê um procedimento especial para a resolução da pretensão expropriatória.

Assim, o ordenamento jurídico vigente prevê e permite a possibilidade de, havendo resistência do expropriado, ser ajuizada a competente ação de desapropriação. O pedido nela veiculado é, pois, juridicamente possível, nos termos previstos na Constituição Federal e no Dec.-lei n. 3.365/1941.

Decorre do disposto no art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941 que a União, os Estados, Distrito Federal, Municípios e, havendo, os Territórios (por serem os titulares da situação jurídica a ser afirmada em juízo) têm legitimidade para a causa. Além da declaração de utilidade pública do bem, compete-lhes, também, a propositura da ação de desapropriação. São, pois, legitimados ordinários, já que há coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo.

Deve ser respeitada, entretanto, a hierarquia administrativa prevista no § 2º do art. 2º do Decreto-lei n. 3.365/1941. Assim, a União está autorizada a desapropriar bens dos Estados ou dos Municípios. Os Estados têm autorização para desapropriar bens dos Municípios. Já os Municípios não podem desapropriar bens pertencentes à União ou aos Estados.

É de ser lembrado que, mediante prévia autorização por Decreto do Presidente da República, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem desapropriar 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 (§ 3º, art. 2º, Decreto-lei n. 3.365/1941).

Quanto ao Poder Legislativo, é de se registrar que, apesar de ter competência para expedir a declaração de utilidade pública, a promoção da ação ficará a cargo do Poder Executivo, conforme preceitua o art. 8º do Dec.-lei n. 3.365/1941, não possuindo aquele legitimidade para ser parte na ação expropriatória<sup>1751</sup>.

Mesmo assim, a legitimação para a propositura da ação de desapropriação não ficou restrita às entidades políticas. É que o art. 3º do Decreto-lei n. 3.365/1941 permitiu aos concessionários de serviços públicos e aos estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público a iniciativa de promover a ação de desapropriação, desde que haja autorização expressa, constante da lei ou no contrato. Trata-se, pois, de legitimação concorrente e disjuntiva com os entes políticos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), tanto que o texto legal diz que aqueles "poderão" promover desapropriação.

Ressalta-se que o direito de declarar o bem como de necessidade ou utilidade pública pertence, com exclusividade, aos entes políticos, constituindo função do Estado, decorrendo da manifestação da sua soberania. Somente após a declaração de utilidade pública por parte do ente político, é que os concessionários de serviços públicos, estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas poderão promover a ação de desapropriação. Verifica-se que não são eles os titulares do direito material. Por

---

<sup>1751</sup> Pó isso, vê-se que não se pode confundir a declaração de utilidade pública do bem, ato administrativo de competência exclusiva das autoridades centrais da Administração federal, estadual ou municipal, no âmbito das suas respectivas jurisdições, e do Poder Legislativo, com a promoção da ação expropriatória, que visa tornar eficaz e efetiva a desapropriação.

isso, ao proporem a ação de desapropriação, fazem-no na qualidade de substitutos processuais, espécie de legitimação extraordinária<sup>1752</sup>.

Seabra Fagundes<sup>1753</sup> entende que promover, no sentido do art. 3º do Dec.-lei n. 3.365/1941, é tornar praticamente eficaz o expropriamento, por acordo ou mediante procedimento judicial. Observa que esse direito de executar, isto é, de tornar efetiva a desapropriação só é reconhecido a tais entidades, mediante autorização expressa constante de contrato ou lei. Reforça que o ato mais importante compete ao Poder Executivo, que é a declaração, que escapa às atribuições daquelas entidades. Afirma, mais à frente na sua obra, que essas entidades vão a juízo como autores, isto é, pedindo em seu favor a tutela jurídica da sentença, a fixação do preço e a autorização para a imissão, não havendo necessidade de participação da União no processo.

Para Pontes de Miranda<sup>1754</sup>, quem desapropria - ato de retirada da propriedade - é o Estado (União, Estados-membros, Território, Distrito Federal, ou Município), e não a pessoa de direito privado ou público. Por isso, o ato de exercício da pretensão à tutela jurídica é do Estado, a responsabilidade é do Estado. O que sofre a desapropriação nada tem com a futura titularidade do direito. O pressuposto da necessidade, ou da utilidade pública, ou do interesse social, tem de ser satisfeito, objetivamente. Não importa, portanto, que se dê, pendente no processo, a substituição daquele a

---

<sup>1752</sup> Esclarecem Rosa Maria e Nelson Nery Júnior que ocorre a legitimação ordinária para a causa quando há coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo. Há legitimação extraordinária quando aquele que tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido em juízo. A substituição processual, espécie do gênero legitimação extraordinária, é o fenômeno pelo qual alguém, autorizado por lei, atua em juízo como parte, em nome próprio e no seu interesse, na defesa de pretensão alheia. Deve decorrer expressamente da lei ou do sistema. O titular do direito de ação (como autor ou réu) recebe a denominação de substituto processual e ao que se afirma titular do direito material dá-se o nome de substituído. *In Código de processo civil comentado*, op. cit., p. 152.

<sup>1753</sup> Op. cit., p. 94 e 185.

<sup>1754</sup> *Tratado das ações*, t. 4, op. cit., p. 439.

quem se há de transmitir a propriedade, desde que o pressuposto continue satisfeito.

Em sentido contrário, Moraes Salles<sup>1755</sup>, entende que o ato declaratório apenas declara o bem de utilidade pública para fins de desapropriação. Esta, entretanto, será promovida pelo concessionário, pela empresa estatal ou pela entidade paraestatal interessada. Ressalta que a expropriação será promovida por estes e em nome destes. Serão eles que expropriarão o bem, embora a declaração de utilidade pública tenha sido editada pelo Poder Público concedente, delegante ou outorgante.

Donaldo Armelin<sup>1756</sup>, ao tratar da legitimação extraordinária, observa que motivos relevantes, sem duvida, ensejam a sua criação pelo legislador, de molde a justificar que o direito de ação ceda passo, ou, pelo menos, se parifique ao direito alheio de ação versante sobre matéria jurídica pertinente ao titular daquele primeiro direito. Afirma que a coexistência entre a legitimidade ordinária e a extraordinária, entre outras hipóteses, pode decorrer da comunhão de direitos, da conexão de interesses ou da vinculação do direito questionado.

Assim, os concessionários de serviços públicos, os estabelecimentos de caráter público e os estabelecimento que exerçam funções delegadas de Poder Público possuem legitimação para promoverem ação de desapropriação.

A titularidade dos serviços públicos pertence ao Estado, que visa atender as necessidades da coletividade. Todavia, pode-lhe interessar, em

---

<sup>1755</sup> Op. cit., p. 158.

<sup>1756</sup> Op. cit., p. 121-123.

determinadas circunstâncias, dividir essa tarefa de executá-los, bem como pode haver interesse de particulares na prestação, já que é possível a obtenção de lucros decorrentes da atividade. Por isso, podem os serviços públicos ser executados direta ou indiretamente. A execução direta dos serviços públicos está a cargo da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, por meio dos órgãos integrantes de suas respectivas estruturas (p. ex., Ministérios, Secretarias Estaduais e Municipais, Coordenadorias, Delegacias), que formam a denominada administração centralizada. Quando os serviços públicos são prestados por entidades diversas dessas, fala-se em execução indireta <sup>1757</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1758</sup> lembra que há duas formas básicas por meio das quais o Estado processa a descentralização. Uma delas é por meio de lei, e outra por meio de negócio jurídico de direito público. Identifica que:

Delegação legal é aquela cujo processo de descentralização foi formalizado através de lei. A lei, como regra, ao mesmo tempo em que admite a descentralização, autoriza a criação de pessoa administrativa para executar o serviço. O mandamento hoje é de nível constitucional. Dispõe o art. 37, IX, das CF que "somente por lei especial poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação" (redação da EC 19/88). E o inciso XX do mesmo art. 37 também exige a lei para criação de subsidiárias dessas pessoas administrativas, bem como para participarem elas de empresa privada.[...] Note-se, porém, que, se as pessoas da administração descentralizada resultam de autorização legal, pode haver também,[...], outras pessoas que, também autorizadas por lei e desempenhando serviço público, não integram a estrutura orgânica da Administração. Nem por isso deixará de haver na espécie forma de descentralização por delegação legal.[...] Outra forma de execução indireta dos serviços públicos, ainda sob o aspecto da descentralização, é a transferência dos mesmos a particulares, que, por isso, se caracterizam como particulares em colaboração com o Estado. Essa forma de transferência denominamos de delegação negocial, porque sua instituição se efetiva através de negócios jurídicos regrados basicamente pelo

---

<sup>1757</sup> Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho que acrescenta que a descentralização é o fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração. Op. cit., p. 280-282.

<sup>1758</sup> Op. cit., p. 281-282.

direito público - a concessão de serviço público e a permissão de serviço público. A concessão caracteriza-se como contrato administrativo, e a permissão, apesar de tradicionalmente qualificada como ato administrativo, passou a ser formalizada por contrato de adesão, como consta do art. 40 da Lei n. 8.987, de 13-2-1995, que regula ambos os institutos.[...] tanto a concessão quanto a permissão de serviços públicos estampam instrumentos de direito público pelos quais a Administração procede a descentralização por delegação negocial.

A concessão e a permissão têm expressa referência constitucional, já que o art. 175 da Constituição Federal dispõe que: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". A Lei n. 8.987/1995 dispõe sobre o regime comum e permissão de serviços públicos. A Lei n. 11.079, de 30-12-2004, disciplina a concessão especial de serviços públicos, sob as modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa, instituindo o regime denominado de "parceria público-privada, pelo qual o Estado-concedente tem a obrigação de oferecer ao concessionário determinada contrapartida pecuniária<sup>1759</sup>.

A concessão de serviço público é o contrato administrativo, temporário e prorrogável, pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço, que lhe é privativo, a terceiro que nele tenha interesse, cuja remuneração se dará mediante a cobrança aos usuários de tarifa previamente aprovada. Os permissionários ou concessionário de serviço público podem ser pessoas criadas, nos moldes do Direito privado, pelos particulares (sociedade civil, comercial ou industrial), ou podem ser criadas pela Administração Pública (empresa pública, sociedade de economia mista), quando são colocadas na posição de prestadoras de serviços públicos<sup>1760</sup>.

---

<sup>1759</sup> Sobre o assunto, v. José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 301 e ss.

<sup>1760</sup> Cf. Diógenes Gasparini, op. cit., p. 333-334.

Classificam-se as concessões de serviços públicos em duas categorias: as concessões comuns, que são reguladas pela Lei n. 8.987, de 13-2-1995, e podem ser subdividas em: concessões de serviços públicos simples e concessões de serviços precedidas da execução de obra pública. Caracterizam-se pelo fato de que o poder concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário; todos os seus recursos provêm das tarifas pagas pelo usuários; e das concessões especiais, que são reguladas pela Lei n. 11.079, de 30-12-2004, e se subdividem em duas categorias: concessões patrocinadas e concessões administrativas. Caracterizam-se pela circunstância de que o concessionário recebe determinada contraprestação pecuniária do concedente<sup>1761</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1762</sup> observa que, visando ao aperfeiçoamento das condições de prestação do serviço público, pode ser necessária sua expansão, o que pode render ensejo a que se tenha de utilizar a propriedade privada, ou mesmo transferi-la de seu proprietário. Sobre o assunto assevera que:

Com esse objetivo, pode o concedente declarar de utilidade pública todos os bens necessários à execução do serviço ou da obra pública, seja para fins de desapropriação, seja com o fito de instituir servidão administrativa. A desapropriação ou a servidão administrativa pode ser efetivada pelo próprio concedente ou pelo concessionário, neste caso por intermédio de processo de outorga de poderes. No primeiro caso, a indenização cabe ao concedente, e no segundo, ao concessionário. É oportuno lembrar que a intervenção do concedente na propriedade privada tem suporte no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Como o objeto da concessão é a prestação de um serviço público, está aí presente o pressuposto que legitima esse tipo de intervenção.

---

<sup>1761</sup> Cf. José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 299-300.

<sup>1762</sup> Op. cit., p. 323-324.



Portanto, os concessionários poderão propor a ação de desapropriação, bastando para isso que estejam autorizados pela lei que organizou o serviço ou delegou sua execução, ou pelo contrato que transferiu a realização de determinado serviço público. Sendo omissos, a autorização pode ser dada por uma lei supletiva ou por aditamento contratual.

Já se decidiu que as empresas consorciadas, devidamente autorizadas por concessão pública, para explorarem áreas de terras necessárias à instalação de usina hidrelétrica, são partes legítimas para figurar no pólo ativo da demanda desapropriatória, mormente quando permitida expressamente, por Resolução, a desapropriação em seu favor, sendo irrelevante o nome das empresas que fazem parte do aludido consórcio<sup>1763</sup>.

O art. 3º do Dec.-lei n. 3.365/1941 também autoriza os "estabelecimentos de caráter público". Para Moraes Salles<sup>1764</sup>, esses estabelecimentos de caráter público de que fala a lei são as autarquias e as fundações públicas. Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito da expressão "estabelecimento público", diz que as autarquias de serviço, correspondem ao que no Direito francês se denomina "estabelecimento público"<sup>1765</sup>.

As autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São autônomos, mas não gozam de autonomia<sup>1766</sup>. É a pessoa jurídica de direito público, criada por lei,

---

<sup>1763</sup> Extrai-se do voto do relator que as empresas às quais foi outorgada a concessão e que serão beneficiadas com a exploração do potencial hidráulico da região, detêm legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda expropriatória. TJSC, 3ª CC, AC 2003029818-5, rel. des. Dionízio Jenczak, DJ de 6-6-2005, s/p.

<sup>1764</sup> Op. cit., p. 146.

<sup>1765</sup> Prestação de serviços públicos e administração indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 65. *Apud* Moraes Salles, op. cit., p. 146.

<sup>1766</sup> Cf. definição apresentada por Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 307.

com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei<sup>1767</sup>. É a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado<sup>1768</sup>.

As fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm; são pessoas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa<sup>1769</sup>. É o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto-administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei<sup>1770</sup>.

Para que possam promover a ação expropriatória, tanto as autarquias como a fundação pública deverão estar autorizadas por lei (lei instituidora ou lei posterior).

O Dec.-lei n. 3.365/1941 (art. 3º) também outorgou legitimação às pessoas jurídicas que exerçam funções delegadas de Poder Público. Para Moraes Salles<sup>1771</sup>, modernamente, elas corresponderiam às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e, ainda, às empresas que, apesar de não terem as características daquelas entidades, estão submetidas ao controle do Poder Público, em virtude de haverem sido adquiridas pelo Estado, sendo, pois, seus objetivos sociais adaptados aos interesses públicos das

---

<sup>1767</sup> Cf. conceito elaborado por Di Pietro, op. cit., p. 423.

<sup>1768</sup> Cf. José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 384.

<sup>1769</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 171.

<sup>1770</sup> Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, op. cit., p. 428.

<sup>1771</sup> Op. cit., p. 151.

entidades estatais adquirentes. Em relação a essas últimas, ressalta que elas surgiram sem que houvesse autorização legal para tanto, razão pela qual não poderiam ser consideradas como empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Empresa estatal ou governamental são todas as entidades, civis ou comerciais de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não têm essa natureza, e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, § 5º, II)<sup>1772</sup>.

Empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado criadas por lei específica, com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial<sup>1773</sup>. São pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos (ex., Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos)<sup>1774</sup>. Empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de

---

<sup>1772</sup> Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, op. cit., p. 435.

<sup>1773</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 324.

<sup>1774</sup> Cf. José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 404.

pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal<sup>1775</sup>.

Sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de Direito Privado, com participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, para a realização de atividade econômica ou serviço de interesse coletivo outorgado ou delegado pelo Estado. Revestem a forma das empresas particulares, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades mercantis, com as adaptações impostas pelas leis que autorizaram sua criação e funcionamento<sup>1776</sup>. São pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertence ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos (ex., o Banco do Brasil S.A.)<sup>1777</sup>. Sociedade de economia mista federal há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular<sup>1778</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: "Processo civil. Ação de desapropriação. Desapropriação para a implantação de distrito industrial, levada a efeito por sociedade de economia mista. A desapropriação

---

<sup>1775</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 171.

<sup>1776</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 329.

<sup>1777</sup> Cf. José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 404.

<sup>1778</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 175.

para a implantação de distrito industrial, executada por sociedade de economia mista criada exclusivamente para esse efeito sem que lhe tenham sido afetados recursos para a indenização correspondente, corre a conta do Município que delegou essa atribuição"<sup>1779</sup>.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro<sup>1780</sup>, ao apontar as principais diferenças entre a sociedade de economia mista e a empresa pública, destaca que, quanto à forma de organização, o art. 5º do Dec.-lei n. 200/1967 determina que a sociedade de economia mista seja estruturada sob a forma de sociedade anônima, e a empresa pública, sob qualquer das formas admitidas em direito. Quanto à composição do capital, observa que, a sociedade de economia mista é constituída por capital público e privado, e a empresa pública, por capital inteiramente público.

Observa Moraes Salles<sup>1781</sup> que, hoje, tanto as empresas públicas como as sociedades de economia mista são entidades estatais abrangidas pela administração indireta do Estado, não sendo, por isso, consideradas mais entidades paraestatais.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1782</sup> ressalta que, com a "Reforma Administrativa", foram introduzidas certas figuras jurídicas (ou apenas práticas administrativas), tais como os "contrato de gestão" (Lei n. 9.637, de 15-5-1998, art. 5º); as "organizações sociais", reguladas pela Lei n. 9.637, de 15-5-1998; e as "organizações da sociedade civil de interesse público", instituídas pela Lei n. 9.790/1999.

---

<sup>1779</sup> STJ, 2ª T., REsp 36685/PR, m. v., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 25-11-1996, p. 46172.

<sup>1780</sup> Op. cit., p. 441-444.

<sup>1781</sup> Op. cit., p. 153.

<sup>1782</sup> Op. cit., p. 206.

Para o mencionado autor, as "organizações sociais" e as "organizações da sociedade civil de interesse público" não são pessoas da Administração Indireta. São organizações particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter "parcerias", com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos<sup>1783</sup>.

Sobre os serviços sociais autônomos, entes paraestatais de cooperação com o Poder Público, Moraes Salles<sup>1784</sup> defende que nada impede que as leis de outorga lhes confirmem, também, o direito de promover desapropriações, sempre que estas se fizerem necessárias à consecução dos objetivos da instituição.

Assim, é de se concluir que possuem legitimação para promoverem ação de desapropriação, em face do direito positivo brasileiro, além das entidades estatais (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios), os Territórios, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, os serviços sociais autônomos e as organizações sociais<sup>1785</sup>.

---

<sup>1783</sup> Op. cit., p. 206.

<sup>1784</sup> Registra que a Lei n. 9.637, de 15-5-1998, autorizou o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais "pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde" (art. 1º), desde que atendidos os requisitos previstos no seu art. 2º. Além disso, estabeleceu que "as entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (art. 11) e a elas "poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão" (art. 12). Op. cit., p. 154-155.

<sup>1785</sup> Nesse sentido, também, Moraes Salles, op. cit., p. 156.

Reforça Moraes Salles<sup>1786</sup> que, não havendo autorização legal ou contratual, poderão as entidades políticas desapropriar bens em favor das autarquias, fundações públicas, entidades estatais e entidades paraestatais que lhes estejam vinculadas, bem como para os concessionários de serviços públicos.

Quanto à legitimidade passiva *ad causam*, em regra, ela pertence ao titular do direito material que busca o autor obter em juízo, ou seja, o legitimado passivo é o titular do bem que se pretende desapropriar.

Vem sendo decidido que se presume proprietário aquele em cujo nome o bem está registrado, o fato de não ter o terceiro adquirente feito o registro em seu nome não pode ser discutido no âmbito da desapropriação; que o proprietário de imóvel em processo de desapropriação pode aliená-lo, pelo menos até o pagamento do preço<sup>1787</sup>. Firmada a legitimidade passiva do feito e estabilizada a lide, a intervenção de terceiros deve ser veiculada com as formalidades exigidas, não se conhecendo declarações informais constantes de laudo técnico avaliatório<sup>1788</sup>. Legitimidade da Apelante para figurar no pólo passivo que decorre do fato de ser titular de 68% da área exproprianda<sup>1789</sup>. Carece de amparo legal a pretensão da agravante. Embora confrontante da área desapropriada e, como alega, sofrendo danos relativos à invasão de suas terras, deve a recorrente deduzir a sua pretensão de indenização em ação própria, eis que a norma insculpida no artigo 20 do DL n. 3.365/41 não permite ao juiz

---

<sup>1786</sup> Op. cit., p. 156.

<sup>1787</sup> TRF-4ª Reg., 5ª T., AC 9504438687/SC, rel. Marga Inge Barth Tessler, DJ 6-11-1996, p. 84853.

<sup>1788</sup> TRF-1ª Reg., 3ª T., AC 199801000804322, DJ 10-11-2000, p. 52.

<sup>1789</sup> TJSP, 4ª Câmara "Janeiro/99" de Direito Público, AC 077863-5/4/SP, rel. des. Clímaco de Godoy, j. 10-6-1999. Disponível em <<http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.jurisprudencia>>. Acesso em 20-6-2006.

decidir qualquer questão dentro dos autos que não seja afeta ao preço ou vício do processo judicial<sup>1790</sup>.

Também já se decidiu que: "Desapropriação. Ausência de citação. Ilegitimidade passiva. Prescrição. Honorários. Ação proposta contra não proprietário e ausência de citação ao proprietário com título transcrito no Registro Geral de Imóveis, responsabilidade da parte autora"<sup>1791</sup>. Cassa-se a sentença que julgou procedente o pedido de desapropriação, se não fora devidamente citado, como pleiteado na peça exordial, aquele apontado no Decreto Expropriatório como real proprietário do imóvel, de acordo com escritura pública de compra e venda, diante da possibilidade e causar gravame à Municipalidade<sup>1792</sup>. Aquele que adquirir imóvel nestas condições sub-rogar-se-á à indenização resultante da desapropriação. A cessão de direitos celebrada entre expropriado é irrelevante para o processo de desapropriação<sup>1793</sup>.

Diante da resistência do titular da propriedade, haverá necessidade de ir a juízo para sua consecução. Há utilidade na obtenção da tutela jurisdicional, já que o bem cuja propriedade se busca irá atender ao interesse público. Ainda assim, mesmo que se tenha proposto a ação correta, o procedimento a ser utilizado, também, deve ser correto, sob pena de a inadequação procedimental acarretar a inexistência do interesse processual<sup>1794</sup>. É que, como visto, o interesse processual é formado por dois elementos: a necessidade da tutela jurisdicional e a adequação do provimento pleiteado.

---

<sup>1790</sup> TRF-2ª Reg., AI 9602156619/RJ, rel. Poul Erik Dyrland, DJU 23-5-2002, s/p.

<sup>1791</sup> STJ, 1ª T., REsp 46797/RJ, v. u., rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27-6-1994, p. 16919.

<sup>1792</sup> TJMG, proc. 2000000333194-4/000(1), rel. Maria Elza, DO 12-5-2001, s/p. No mesmo sentido, TJMG, proc. 1.0083.04.000512-2/001(1), rel. Manuel Saramago, DO 23-9-2005, s/p.

<sup>1793</sup> TRF-4ª Reg., 3ª T., AC 9504563538/SC, rel. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 9-6-1999, p. 506.

<sup>1794</sup> Nesse sentido, Nelson Nery Júnior, Condições da ação, op. cit., p. 37.



Por isso, caso proposta a ação de desapropriação sem que haja ato declaratório da sua utilidade pública, por exemplo, deve seu autor ser julgado carecedor de ação, por falta de interesse processual. A mesma solução é de ser dada quando, por exemplo, determinado Município resolver desapropriar ações de empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e que se subordine à sua fiscalização, sem que tenha havido qualquer autorização por parte do Presidente da República, conforme lhe exige o art. 2º, §3º, parte final, do Dec.-lei n. 3.365/1941. Nesse caso, entendemos lhe faltará interesse processual<sup>1795</sup>.

### **4.3 - Mérito e questão prejudicial**

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, ao tratar da Terminologia do Projeto, Alfredo Buzaid esclarece que o projeto só usa a palavra "lide" para designar o mérito da causa. Afirma que lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. Diz que constitui sentença de mérito o julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra. O objeto principal do processo é, portanto, a lide, e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.

Para Pontes de Miranda, a pretensão é o poder exigir alguma prestação; afirma existirem três conceitos distintos: a pretensão à tutela jurídica,

---

<sup>1795</sup> Poder-se-ia argumentar que, no último exemplo, seu autor seria julgado carecedor de ação por impossibilidade jurídica do pedido e não por falta de interesse processual. Todavia, ante a tendência doutrinária, cada vez mais forte, em se limitar, quando não em suprimir, tal condição do rol das condições da ação, preferimos entender faltar ao autor interesse processual. Por outro lado, quando um Município declarar de utilidade pública bem de propriedade, por exemplo, da União, não obstante a vedação contida no § 2º do art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941, e chegar a promover a respectiva ação de desapropriação, deve o pedido ser julgado improcedente, não sendo caso de ausência de uma das condições da ação.

que é conceito pré-processual; pretensão processual (= pretensão a que se entregue a prestação prometida); pretensão objeto de pedido (pretensão de direito material). Na concepção do autor citado, o mérito da causa é definido pelo pedido, vale dizer, é o objeto do pedido, que é "a alegação jurídica do autor, a pretensão de direito que faz a demanda", sobre o qual deve o juiz se pronunciar<sup>1796</sup>

O conceito de mérito para Arruda Alvim<sup>1797</sup> é congruente ao de lide, como ao de objeto litigioso, na terminologia alemã. Apresenta o pensamento de Liebman, no sentido de que é o pedido do autor que fixa o mérito; e no da doutrina alemã de que o pedido (*Anspruch*) é o mesmo que mérito (usa a palavra objeto litigioso: *Streitgegenstand*).

Para Thereza Alvim<sup>1798</sup>, o objeto litigioso é a lide, ou seja, o conflito de interesses tal como trazido a juízo e delimitado pela pretensão do autor. Reforça que a lide somente existe no processo; é aquilo que, do conflito de interesses, é levado, perante o Estado-juiz pelo autor, que lhe fixa os contornos para a aplicação da vontade concreta da lei.

Assim, a pretensão, o bem da vida pretendido pelo autor da desapropriação é a propriedade do bem expropriando. Como a pretensão expropriatória decorre da própria soberania do Estado e da prevalência do interesse público sobre o do particular, a possibilidade ou não de desapropriar não é discutida no processo de desapropriação. Mas, para obter o bem, em não havendo acordo a respeito de seu valor com o proprietário, buscará obter a declaração de que o valor oferecido a título de indenização é justo. Por isso, a

---

<sup>1796</sup> *Comentários*[...], 1974, t. 1, p. 56-58 e 76. *Apud* Kazuo Watanabe, op. cit., p. 119-120.

<sup>1797</sup> Op. cit., p. 411.

<sup>1798</sup> *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 8-9.

lide, o "objeto litigioso" sobre o qual o juiz deverá decidir *principaliter* é o valor da indenização.

Kazuo Watanabe<sup>1799</sup> registra que a expressão objeto litigioso do processo (objeto do processo) é tomada no sentido de *thema decidendum*, objeto sobre o qual deve o juiz decidir *principaliter*, e não todo o objeto da cognição e da resolução. Esclarece que o vocábulo mérito é utilizado ora em sentido mais amplo, para nele se incluírem também as questões; ora em sentido restrito, para abranger apenas o objeto litigioso. Entretanto, a cognição deve ser estabelecida tanto sobre o objeto litigioso como sobre todas as questões de mérito. Acrescenta que:

Ao longo do *iter* lógico em direção ao provimento final, o juiz deve conhecer de todos os pontos relevantes, de direito e de fato, alegados pelas partes, mesmo permaneçam eles incontroversos, e além de conhecer, também resolver as questões de fato e de direito, em que se convertem os pontos controvertidos pelas partes ou em relação aos quais alimente ele qualquer dúvida. Algumas dessas questões podem constituir-se em prejudiciais de outras questões, no sentido de que de sua solução depende "o teor ou conteúdo da solução das outras". Existindo questões prejudiciais, portanto, deve o juiz conhecer e resolver antes a questão subordinante e, tal seja o teor da resolução, poderá tornar-se até desnecessário o conhecimento da questão subordinada. Em relação ao objeto litigioso, todas as questões que possam influir em sua decisão, sejam prejudiciais ou não, constituem antecedente lógico e por isso devem ser objeto de cognição e resolução. Liebman sintetiza da seguinte forma essa atividade: "o juiz deverá conhecer e resolver também as questões prejudiciais, como meio para o fim de decidir a questão principal que constitui objeto da causa. Porém, normalmente o exame da questão prejudicial ocorrerá *incidenter tantum*, isto é, apenas como passagem obrigatória do *iter* lógico da verdadeira decisão. Poder-se-á então dizer que a questão prejudicial é objeto de cognição, não porém de decisão; e a solução que lhe for dada será vinculativa apenas para efeitos da decisão dada à principal (assim como, em geral, os motivos da sentença não são cobertos pelo julgado)". As resoluções das questões de mérito "terão sede nos 'motivos' e constituirão os fundamentos da conclusão que virá a seguir" (art. 469, I e III, do CPC). "Os motivos da sentença - observa Cândido R. Dinamarco - apenas ficam a salvo de novas discussões, com referência à demanda já julgada (mesmas partes, causa de pedir e pedido). Tal é a eficácia preclusiva da coisa julgada que com a própria

---

<sup>1799</sup> Op. cit., p. 122-123.

autoridade da coisa julgada material não se confunde e que se presta a dar sentido e efetividade a esta: pudessem os motivos da sentença ser novamente discutidos, com vistas à mesma ação já julgada, nenhuma estabilidade teria o julgado material.

Na lição de Cândido Dinamarco<sup>1800</sup>, constituem objeto de conhecimento todos os pontos de fato ou de direito dos quais dependam a admissibilidade e o teor do julgamento do mérito. Afirma haver um binômio composto de pontos ou questões de mérito e pontos ou questões relativos à admissibilidade do julgamento do mérito<sup>1801</sup>. Pontos ou questões de mérito são aqueles dos quais depende a existência dos direitos alegados pelas partes, distinguidos pela doutrina em quatro categorias: constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos. Acresce que:

O conhecimento judicial inclui o exame da efetiva ocorrência ou inoocorrência de cada fato alegado no processo e da sua efetiva eficácia constitutiva, impeditiva, extintiva ou modificativa. Esses fatos, com alguma dessas eficácias, são relevantes para o julgamento do mérito na medida da relevância que lhes atribua o direito material.

Para Dinamarco<sup>1802</sup>, constitui objeto do processo civil de conhecimento a pretensão a uma sentença de determinada espécie e conteúdo, favorável a quem a pede. Entende que os limites da demanda proposta vinculam o juiz não só quanto ao bem pretendido, sua natureza, sua quantidade e eventual individualidade, mas também quanto à espécie de sentença.

Aduz, ainda, Cândido Dinamarco<sup>1803</sup> que a sentença de mérito tem a finalidade específica de produzir a tutela jurisdicional mediante o julgamento de pretensões. Relaciona que julgar é optar por uma solução, entre

---

<sup>1800</sup> *Instituições de direito processual civil*, op. cit., v. 3, p.35-36.

<sup>1801</sup> O autor esclarece que pontos são fundamentos, ou elementos capazes de influir em algum julgamento; questão é o próprio ponto, quando sobre ele existe alguma dúvida, daí conceituar-se, em clássica doutrina, como ponto controvertido de fato ou de direito. Op. cit., p. 36.

<sup>1802</sup> Op. cit., p. 41.

<sup>1803</sup> Op. cit., p. 194 e 201-202.

duas ou várias apresentadas ou postuladas, e o mérito a ser julgado é a pretensão trazida ao juiz em busca de satisfação (objeto do processo). Daí dizer-se que a sentença de mérito é o provimento final programado no processo de conhecimento. O art. 269, inc. I, do CPC, diz que o processo de conhecimento se extingue quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor no julgamento da pretensão, como modo normal.

Para Alexandre Freitas Câmara<sup>1804</sup>, o objeto da cognição é formado por um trinômio de questões, mas não o trinômio tradicionalmente enunciado. Em vez de falar-se em pressupostos processuais, "condições da ação" e mérito da causa como componentes do objeto da cognição, entende mais acertado falar que os componentes de tal trinômio são questões preliminares, questões prejudiciais e mérito da causa (objeto do processo).

O mencionado autor entende por preliminares as questões enunciadas no art. 301 do CPC, afirmando caber ao réu alegá-las na contestação, sob pena de responder pelas "custas do retardamento". Registra que, no art. 301, são incluídas duas questões que não se enquadram propriamente no conceito apresentado de preliminares, quais sejam, a incompetência absoluta e a conexão (sentido amplo). Explica que as questões preliminares não chegam a impedir a apreciação do mérito da causa, razão pela qual são denominadas preliminares impróprias ou dilatórias. Define questão prejudicial, segunda espécie de questão prévia, como o antecedente lógico e necessário do julgamento do mérito (questão prejudicada), que vincula a solução deste julgamento, podendo ser objeto de demanda autônoma. Acrescenta que sua solução terá forte influência na resolução do objeto do processo. Ultrapassadas as preliminares, o que significa que é possível a apreciação do objeto do processo, passa-se à segunda

---

<sup>1804</sup> Op. cit., p. 274.

espécie de questão prévia, a prejudicial e, finalmente, ao objeto da cognição, qual seja, o mérito da causa, ou objeto do processo. Lembra que o mérito da causa nada mais é do que a pretensão manifestada pelo autor em sua demanda<sup>1805</sup>.

Thereza Alvim<sup>1806</sup> entende por questões prévias todas aquelas que logicamente devem ser decididas antes de outras, por manterem entre si uma vinculação de subordinação lógica. São preliminares aquelas questões que devem ser lógicas e necessariamente decididas antes de outras, delas dependentes, sendo que as soluções das preliminares tornarão ou não admissíveis o julgamento das questões a ela vinculadas. É prejudicial aquela questão que deve, lógica e necessariamente, ser decidida antes de outra, sendo que sua decisão influenciará o próprio teor da questão vinculada.

Para Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1807</sup>, a sentença de mérito é o objeto da coisa julgada material. Observam ocorrer o julgamento de mérito quando o juiz profere sentença nas hipóteses do CPC, 269. Explicam que, quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido, significa que ele se pronunciou pela procedência ou improcedência da pretensão (lide, objeto litigioso, isto é, sobre o bem da vida pretendido pela parte).

Diante desses conceitos, é de se lembrar, especificamente em relação à ação de desapropriação por utilidade pública, que, paralelamente ao poder de desapropriar, existem os limites impostos ao Poder Público, pela própria Constituição Federal, que estabelece as condições necessárias para que a desapropriação possa ocorrer. Destaca-se, entre elas, ser indispensável a

---

<sup>1805</sup> Op. cit., p. 276-277.

<sup>1806</sup> *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 23-24.

<sup>1807</sup> Op. cit., p. 594.

ocorrência de uma das hipóteses previstas em lei como sendo de necessidade ou utilidade pública. Tal questão, sem dúvida, deve ser classificada como prejudicial ao exame do pedido de mérito.

Mesmo reconhecendo que a questão da verificação de ser ou não caso de utilidade pública tem grande relevância no processo expropriatório, já que trata-se da causa que justifica a utilização do instituto, consistindo a sua ocorrência condição *sine qua non* para a procedência do pedido, o art. 9º do Dec.-lei n. 3.365/1941, vedou, expressamente, ao Poder Judiciário, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública, relegando a discussão e resolução dessa questão para outra ação, a ser promovida pelo réu-expropriando.

Melhor seria, entretanto, não só que fosse permitida a discussão de questão tão relevante na própria ação de desapropriação, de forma a coibir, de imediato, eventuais abusos e desvios na aplicação do instituto, mas que, diante da previsão do art. 5º do CPC, fosse permitido às partes requerer que o juiz, por sentença, declarasse a existência ou inexistência de necessidade ou utilidade pública, no caso concreto.

É que, relativamente a sentença, somente parte do dispositivo é acobertada pela coisa julgada<sup>1808</sup>, já que o art. 469 do CPC diz não fazerem coisa julgada: I- os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II- a verdade dos fatos, estabelecida como

---

<sup>1808</sup> Coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, nem à remessa necessária do CPC 475. Somente ocorre se e quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, isto é, a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material, mas não o contrário. A coisa julgada material é um efeito especial da sentença transitada formalmente em julgado. Sua característica essencial se encontra na imutabilidade da sentença, que não se confunde com sua eficácia. A segurança jurídica trazida pela coisa julgada material é manifestação do Estado Democrático de Direito (CF 1º caput), cf. Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 593-594.

fundamento da sentença; III- a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1809</sup>, ao tratarem dos limites objetivos da coisa julgada, observam que, mesmo sendo a sentença composta de três partes distintas: relatório, fundamentação e dispositivo (CPC 458), somente a parte dispositiva da sentença, na qual o juiz decide efetivamente o pedido (lide), proferindo um comando que deve ser obedecido pelas parte, é alcançada pela coisa julgada material (autoridade da coisa julgada). Fazem a correlação entre petição inicial e sentença, dizendo que a parte final da petição inicial, isto é, o pedido, corresponde à parte final da sentença, vale dizer, ao dispositivo. Assim, o conjunto formado pelo pedido e o dispositivo é alcançado pela coisa julgada material. Ressaltam, por outro lado, que a segunda parte da sentença, composta pelos motivos de fato e de direito, bem como pela verdade dos fatos estabelecida como premissa para o julgamento, não é atingida pela coisa julgada material, ainda que determinante e imprescindível para demonstrar o conteúdo da parte dispositiva da sentença. Esclarecem que os motivos de fato e de direito contidos na petição inicial (causa de pedir) correspondem à fundamentação da sentença; o conjunto formado pela causa de pedir e fundamentação não é atingido pela coisa julgada material. Os fundamentos, por não transitarem em julgado, podem ser reapreciados em outra ação, sendo livre o magistrado para dar a eles a interpretação e o valor que entender corretos<sup>1810</sup>.

Em conformidade com a lei, e com o pensamento dos autores citados, a jurisprudência tem entendido que somente o dispositivo da sentença faz coisa julgada<sup>1811</sup>. Os motivos, ainda que importantes para determinar o

---

<sup>1809</sup> Op. cit., p. 612.

<sup>1810</sup> Op. cit., p. 612-613.

<sup>1811</sup> JM, v. 94, p. 214.



alcance da parte dispositiva da sentença, não fazem coisa julgada. As razões de decidir preparam, em operação lógica, a conclusão a que vai chegar o juiz no ato de declarar a vontade da lei<sup>1812</sup>.

Sobre a função da ação declaratória, Wambier, Correia de Almeida e Talamini<sup>1813</sup> ressaltam que somente as questões prejudiciais podem ser objeto de ação declaratória incidental, e desde que se consubstanciem em relações jurídicas. Evidenciam que a referida ação pode ser promovida por qualquer das partes (art. 5º), podendo, pois, ser utilizada pelo réu, após ser citado, e tem por função a alteração dos limites objetivos da coisa julgada. Afirmam que:

a questão prejudicial, que normalmente é decidida de modo a não fazer coisa julgada (art. 469, III), passa a ter essa autoridade com a propositura da ação declaratória incidental (art. 470). Nesse passo, é importante assinalar que não se alteram os limites da cognição judicial, mas exclusivamente os limites do alcance da coisa julgada material. Ao decidir o mérito, o juiz necessariamente analisará a questão prejudicial, exatamente porque esta é que determinará o possível conteúdo da sentença. Portanto, não é a ação declaratória incidental que tornará mais amplo o âmbito de conhecimento do juiz. O que se alteram são os limites objetivos da coisa julgada, passando a abranger o que a coisa julgada da ação originária não alcançaria. Assim, se não for proposta a ação declaratória incidental, embora deva o juiz necessariamente conhecer da relação jurídica que sustenta o pedido da ação principal, para poder julgá-lo, essa relação jurídica não estará coberta pela coisa julgada. Com a ação declaratória incidental, também a relação jurídica subordinante adquire autoridade de coisa julgada.

Ao abordarem o tema, Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1814</sup> afirmam que o objetivo da ação declaratória incidental é fazer com que a questão prejudicial de mérito, que será apreciada *incidenter tantum*, necessariamente, pelo juiz, possa ser abrangida pela coisa julgada, aumentando-se, assim, os limites da coisa julgada. Quanto aos seus requisitos, indicam que:

---

<sup>1812</sup> RTJ, v. 103, p. 759. No mesmo sentido: RJTJSP, v. 109, p. 236; PJ, v. 30, p. 187.

<sup>1813</sup> Op. cit., p. 354.

<sup>1814</sup> Op. cit., p. 148.

São pressupostos para o ajuizamento da ADI: a) ser deduzida por petição inicial, obedecidos os requisitos do CPC 282 (JTARS 21/188); b) haver litispendência; c) ter havido contestação sobre a questão prejudicial; d) tratar-se de questão prejudicial de mérito; e) poder essa questão ser objeto de ação declaratória autônoma; f) não ser o juiz absolutamente incompetente; g) ser compatível com o procedimento da ação principal. Quando ajuizada pelo réu, embora possua caráter reconvençional, a ADI não se confunde com a reconvenção, pois esta tem autonomia em relação à ação principal e pode ser não só declaratória, como também constitutiva e condenatória.

Tratando da coisa julgada na ação expropriatória, Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1815</sup> observam que:

O que fez coisa julgada na sentença de desapropriação foi a declaração da consolidação da propriedade que ingressa no patrimônio do expropriante, bem como sua contrapartida, que é a condenação do expropriante no pagamento, ao expropriado, de quantia equivalente ao valor do imóvel. Como os motivos da sentença (fórmulas de cálculos do valor do imóvel, índices de depreciação ou de valorização, fatores de obsolescência etc.) não fazem coisa julgada (CPC 469), poderiam ser agitados como causa de pedir em nova ação. No entanto, o expropriante deve fazer primeiro o pagamento a que está obrigado pela coisa julgada e depois ajuizar a ação na qual quer discutir eventuais questões sobre a coisa julgada anterior. Incide aqui a cláusula *solve et repete*, em virtude da presunção de constitucionalidade e de legalidade de que se reveste a sentença de mérito transitada em julgado. Isto pode acontecer, por exemplo, em demanda na qual o expropriante pede restituição do indébito, sob fundamento no enriquecimento sem causa do expropriado. Em casos absolutamente excepcionais, onde ressaltar de forma flagrante e com prova preconstituída, estreme de dúvidas, pode haver suspensão da eficácia da sentença como medida de exceção ao disposto no CPC 489, aplicável analogicamente a esse caso. É preciso, entretanto, verificar se também não ocorreu a eficácia preclusiva da coisa julgada a respeito das matérias que se pretende agitar nessa nova ação (CPC 474), o que impediria qualquer outra providência, implicando o imediato e inexorável pagamento do devido pelo expropriante.

Como se vê, por outro ângulo, a utilização da ação declaratória incidental, surgindo questão da qual dependa o julgamento da lide, serviria não só para o expropriado quando pretendesse tornar certa a

---

<sup>1815</sup> Op. cit., p. 613.

inexistência de caso de utilidade pública, mas também para o autor, na resolução com força de coisa julgada de questões relativas ao seu interesse.

#### 4.4 - Elementos da ação

A teoria das três identidades (*tria eadem*) tem sido utilizada para que as ações possam ser identificadas. Por meio de certos elementos distingue-se uma ação da outra, individualizando-as. Se em duas ações houver coincidência entre esses elementos identificadores, diz-se que houve repetição da mesma demanda. Tal identificação se faz necessária a fim de se evitar ofensa à coisa julgada ou a pendência simultânea de ações iguais (litispendência)<sup>1816</sup>.

São elementos identificadores da ação: partes (*personae*), elemento subjetivo; objeto ou o pedido (*res*) e causa de pedir (*causa petendi*), elementos objetivos.

Parte, em sentido processual, é aquele que pede e aquele em face de quem se pede a tutela jurisdicional. Para Chiovenda<sup>1817</sup>, parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada. Dinamarco<sup>1818</sup>, citando Liebman, diz que as partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, ou seja, os sujeitos interessados da relação

---

<sup>1816</sup> Há litispendência, quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso. Cf. definição apresentada pelo Código de Processo Civil, em seu art. 301, § 3º.

<sup>1817</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*, 2. ed., tradução do original italiano "Instituzioni di Diritto processuale Civile" por Paolo Capitanio, Campinas-SP: Bookseller, 2000, v. 2, p. 278.

<sup>1818</sup> Acrescenta que a qualidade de parte coincide com a qualidade de sujeito da relação processual, adquirindo-se essa qualidade pela demanda, pela citação, pela intervenção espontânea ou pela sucessão, in *Litisconsórcio*. 4. ed., rev., atual. e ampl, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 22.

processual. Todas as demais pessoas que não sejam parte naquele processo concretamente considerado são tidos como terceiros.

Lembra Arruda Alvim<sup>1819</sup> que as partes se identificam do ponto de vista jurídico, o que significa que é fundamental constatar-se, para a identificação das partes, a qualidade jurídica em que se apresentam. Explica que, fisicamente, poderá haver mudança de parte, no entanto, sob o prisma jurídico, pode não haver alteração, não deixando de haver identidade de partes, como no caso de sucessão por morte.

Wambier, Correia de Almeida e Talamini<sup>1820</sup> afirmam que a qualidade de parte implica sujeição àquilo que for decidido no processo, de forma que os chamados efeitos subjetivos da coisa julgada alcançarão a um e a outro dos sujeitos parciais. Se se tratar, todavia, de parte ilegítima, mesmo assim, processualmente haverá a sujeição às regras que norteiam a conduta da parte. Com isso querem dizer que, do ponto de vista processual, parte ilegítima também é parte, enquanto exista o processo ou enquanto não seja excluída dele, por força do reconhecimento da ilegitimidade.

Adverte Vicente Greco Filho<sup>1821</sup> que para a identificação das partes não é suficiente a identificação das pessoas presentes nos autos; deve ser verificada a qualidade com que alguém, de fato, esteja litigando.

---

<sup>1819</sup> Op. cit., p. 426.

<sup>1820</sup> Op. cit., p. 120.

<sup>1821</sup> Exemplifica que uma pessoa poderá litigar com qualidades diferentes: em nome próprio, no interesse próprio; em nome próprio, sobre direito alheio, como substituto processual; por intermédio de outrem, seu representante. Em cada caso a situação da pessoa é diferente no plano jurídico, de modo que não existe, nessas hipóteses, identidade de parte, *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed., atualizada, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, p. 89.

Daí que parte autora na ação de desapropriação é aquele que formula o pedido (parte ativa da ação). Como se viu, pode ser qualquer dos entes políticos da federação, bem como os autorizados pelo art. 3º do Decreto-lei nº 3.365/1941. Já a parte ré é o proprietário do bem, cuja propriedade o Estado busca obter.

Também é parte aquele em face de quem é a ação proposta (parte passiva da ação); aquele em face do qual se demandou uma atuação de vontade da lei, que, de regra, é o proprietário do bem, cuja propriedade o Estado busca obter, ou seja, deve ser o titular do bem da vida pretendido pelo Estado.

Deve ser lembrado que o juiz é órgão do Poder Judiciário, mas não é parte interessada, não é destinatário, nem está sujeito aos efeitos do provimento jurisdicional. O Ministério Público, quando atua como fiscal da lei (*custos legis*), nos casos do art. 82 do CPC, é considerado como interveniente. O perito, o escrivão, as testemunhas, o oficial de justiça são auxiliares da justiça. O advogado é partícipe indispensável à administração da justiça (art. 133, CF), mas não é considerado parte.

O objeto ou o pedido constitui outro elemento da ação. É o conteúdo da demanda, a pretensão processual, o objeto litigioso do processo, o mérito da causa. Mérito é a propriedade que tem o pedido do autor de conformar-se ou não com o direito e, em consequência, ser acolhido ou rejeitado<sup>1822</sup>. É aquilo que se pede em juízo (*petitum*) e que constitui o núcleo da

---

<sup>1822</sup> Galeno de Lacerda, *Despacho saneador*, p. 83. Apud Lionel Zaclis, *Cumulação eventual de pedidos e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, in *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*, coords. José Rogério Cruz e Tucci, José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 412.

pretensão<sup>1823</sup>. É o objeto da ação, isto é, a matéria sobre a qual incidirá a atuação jurisdicional<sup>1824</sup>.

Para Arruda Alvim<sup>1825</sup>, o objeto litigioso é integrado pelo tipo de ação na teoria da litispendência. Esclarece que o objeto litigioso é resultante da pretensão (material) e do tipo de ação (pretensão processual), no qual é feita valer. Por isso, é indispensável considerar o tipo de ação para se determinar se ocorre ou não identidade de objeto litigioso, o que constitui problema relevante na teoria da litispendência.

Ricardo de Barros Leonel<sup>1826</sup> afirma que o objeto litigioso no processo civil nada mais é que a pretensão processual, consubstanciada no pedido formulado pelo autor ou pelo réu, nos casos e oportunidades admitidas pelo ordenamento, considerado tanto o provimento judicial pretendido (pedido imediato) como o bem jurídico (pedido mediato), para cuja proteção se pede a tutela jurisdicional.

Informa Nelson Nery Júnior<sup>1827</sup> que o que os alemães entendem por *Streitgegenstand* corresponde ao nosso conceito de mérito, de lide. O objeto do processo para os alemães são as questões litigiosas ou pontos controvertidos (*Streitpunkten*) submetidos ao conhecimento e decisão do juiz no processo, incluído nesse conceito o objeto litigioso, tais como as exceções processuais, a necessidade ou não de produzir prova, a nomeação de curador especial, e o próprio mérito da causa. O objeto do processo seria o continente, e o objeto litigioso, uma parte do conteúdo.

---

<sup>1823</sup> J. E. Carreira Alvim, *Elementos de Teoria Geral do processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 130.

<sup>1824</sup> Vicente Greco Filho, op. cit., p. 89.

<sup>1825</sup> Op. cit., p. 427.

<sup>1826</sup> *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 103-104.

<sup>1827</sup> *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual. ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 165-166.

No sistema do CPC brasileiro, Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1828</sup> comentam que o pedido tem como sinônimas as expressões "lide", "pretensão", "mérito", "objeto". É o bem da vida pretendido pelo autor. Informam que o regime jurídico do pedido está no CPC, arts. 286 a 294. Divide-se em pedido imediato (sentença) e pedido mediato (bem da vida). Pede-se a prolação de uma sentença (imediato) que garanta ao autor o bem da vida pretendido (mediato). Além disso, o pedido deve ser sempre explícito, pois é interpretado restritivamente (CPC 293).

Realmente, o pedido pode ser analisado sob dois aspectos distintos: o pedido mediato e o pedido imediato. Para Chiovenda<sup>1829</sup>, o que imediatamente se pede é a atuação da lei, a qual, nas diferentes ações, se apresenta individuada em determinado ato (p. ex., a condenação a restituir o imóvel; a condenação a pagar determinada quantia; a declaração da falsidade de um documento), já o objeto mediato é aquele a cuja consecução se coordena a atuação da lei.

Para Milton Paulo de Carvalho<sup>1830</sup>, o pedido ou pretensão processual é o ato de declaração de vontade formulado no sentido da obtenção de dois resultados indissociáveis, quais sejam, o imediato, ou de força, consistente na provisão jurisdicional de determinada espécie, e o mediato, ou efeito, consistente no bem da vida objeto da relação de direito material. O pedido ou pretensão processual não se confunde com a pretensão de direito material.

---

<sup>1828</sup> Op. cit., p. 478.

<sup>1829</sup> Op. cit., v. 1, p. 52.

<sup>1830</sup> *Do pedido no processo civil*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 78.

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho<sup>1831</sup> afirma que o pedido deve ser entendido em dois planos ou aspectos: num aspecto genérico consiste no tipo de provimento jurisdicional solicitado (condenação, declaração ou constituição, cautelar ou de execução); e num aspecto específico consiste no bem jurídico pretendido.

Para Carreira Alvim<sup>1832</sup>, o pedido divide-se em pedido imediato, que é aquilo que imediatamente se pede, e que é a atuação da lei, consistente em uma providência jurisdicional (declaratória, condenatória, constitutiva, de execução ou cautelar); e em pedido mediato, ou seja, o bem ou interesse que se quer ver assegurado pela providência jurisdicional invocada material ou imaterial, econômico ou moral. É o bem da vida pretendido ou o objeto a cuja consecução se coordena a atuação da lei.

Marcelo Abelha Rodrigues<sup>1833</sup> também se manifesta no sentido de que o pedido pode ser analisado em dois planos distintos: o pedido mediato e o pedido imediato. Entende que o pedido imediato coloca a parte em uma relação direta com o direito processual e o mediato, com o direito substancial. Assim, o pedido imediato refere-se ao tipo de provimento jurisdicional que se pede ao poder jurisdicional, ou seja, se um provimento declaratório, condenatório, constitutivo, cautelar ou executivo. Já o pedido mediato consiste no próprio bem jurídico pretendido (obrigação de dar, fazer etc.).

---

<sup>1831</sup> Op. cit., p. 90.

<sup>1832</sup> Op. cit., 130.

<sup>1833</sup> *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 213-214.



Ensina Barbosa Moreira<sup>1834</sup> que, em regra, é necessário precisar tanto o objeto imediato (a providência jurisdicional desejada), como o objeto mediato (o bem que se pretende conseguir) do pedido<sup>1835</sup>, e formular pedido fixo, ou seja, que vise a um único objeto imediato e a um único objeto mediato<sup>1836</sup>.

Na ação de desapropriação, o Decreto-lei n. 3.365/1941, em seu art. 24, parte final, dispõe que, encerrado o debate, o juiz proferirá sentença fixando o preço da indenização. Já o seu art. 29 estabelece que, 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.

O pedido imediato na ação de desapropriação é, portanto, uma providência jurisdicional de natureza declaratório-constitutiva, já que o autor visa ao reconhecimento (declaração) de ser justo o valor oferecido a título de indenização expropriatória; e também que, após efetivado o depósito ou o pagamento dessa quantia, venha a ser cancelada, junto ao Registro de Imóveis, a transcrição do registro da propriedade em nome do expropriado, para o registro de sua titularidade, obtendo, destarte, a propriedade do bem expropriado, com a modificação de uma situação jurídica então existente. É a sentença que fixa o valor da indenização título para hábil para proceder a transcrição no Registro de Imóveis da propriedade expropriada. Já o pedido mediato é o bem da vida pretendido pelo autor, isto é, o bem expropriando.

---

<sup>1834</sup> *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*, 20. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11.

<sup>1835</sup> Salvo nas hipóteses previstas no art. 286, 2ª parte, incisos I a III, do Código de Processo Civil, em que a lei admite a indeterminação do objeto mediato (não do imediato), formulando pedido genérico, *idem*, *ibidem*.

<sup>1836</sup> Poderá, contudo, ser alternativo, isto é ter dois ou mais objetos mediatos quando a obrigação puder cumprir-se mediante uma de duas ou mais prestações, *idem*, p. 12.

Já se decidiu, todavia, que o objeto da ação de desapropriação compreende a justa indenização de todos os bens expropriados, para dispensar a propositura de ação autônoma a fim de pleitear o ressarcimento de eventual item omitido<sup>1837</sup>.

Como bem observado por Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1838</sup>, há pedidos que para serem examinados pelo juiz não precisam constar na petição inicial, porque decorrem de disposição legal, tais como, juros de mora, correção monetária, honorários de advogado. O art. 293 do CPC, mesmo estabelecendo que os pedidos são interpretados restritivamente, afirma compreenderem no principal os juros legais.

Também as questões de ordem pública, tanto de ordem pública de direito material (v. g., da função social da propriedade), quanto de direito processual (v. g., condições da ação) devem ser conhecidas e decididas de ofício pelo juiz, independentemente de pedido da parte ou do interessado.

Deve ser lembrado, ainda, que, antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa (art. 294, CPC). Ao comentarem o referido dispositivo legal, Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1839</sup> esclarecem que, como antes da citação a relação processual ainda não está completa, o autor poderá aditar ou modificar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de qualquer autorização. Mas que, após a citação do réu, a modificação do pedido ou da causa de pedir somente poderá

---

<sup>1837</sup> A ementa do acórdão tem a seguinte redação: "O objeto da ação de desapropriação compreende a justa indenização de todos os bens expropriados, dispensando ação autônoma para pleitear o ressarcimento de eventual item omitido; se, a despeito disso, essa ação é proposta, deve tramitar no mesmo Juízo. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Tocantins", STJ, 2ª Sec., Conf.Compt. nº 36.376-TO, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 10/03/2003, p. 82.

<sup>1838</sup> Op. cit., p. 478.

<sup>1839</sup> Op. cit., p. 487.

ser feita até o término da fase postulatória. Depois do saneamento do processo (CPC, 331, § 3º), isto é, depois da audiência preliminar do CPC 331, *caput*, nem mesmo com a autorização do réu poderá o autor modificar o pedido ou a causa de pedir (CPC, 264, parágrafo único).

O terceiro elemento da ação é a causa de pedir (*causa petendi*). No latim arcaico o vocábulo *causa* significava a razão que legitimava o *agere* do demandante. Na doutrina clássica, no âmbito do direito privado, era utilizado como o motivo que induz a pessoa a assumir uma obrigação, e no âmbito do direito processual consubstanciava-se na exposição da matéria litigiosa deduzida perante o juiz<sup>1840</sup>.

Explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz de Arenhart<sup>1841</sup> que, na petição inicial, o autor apresenta uma causa que deve justificar o pedido que é dirigido ao órgão jurisdicional. Trata-se da causa de pedir, ou seja, das razões fáticas e jurídicas que justificam o pedido. Entendem que o autor deve afirmar um fato e apresentar seu nexos com um efeito jurídico, ou seja, o autor narra o fato que constitui o direito por ele afirmado. Aduzem que:

O Código de Processo Civil fala em fato constitutivo e em fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito. É importante, portanto, até mesmo porque - segundo a regra do art. 333 - o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos e o réu os demais, a saber, a natureza de determinado fato. Escrevendo sobre os fatos jurídicos, afirma Chiovenda que os fatos constitutivos são aqueles que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém, e exemplifica fazendo referência ao empréstimo, ao testamento, ao ato ilícito e ao matrimônio. Os fatos extintivos são aqueles que "fazem cessar uma vontade concreta da lei e a conseqüente expectativa de um bem. Por exemplo: pagamento; remissão de dívida; perda da coisa devida". Como já foi dito, as circunstâncias de fato que

---

<sup>1840</sup> Cf. anota José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 18.

<sup>1841</sup> Op. cit., p. 90.

têm por escopo específico dar vida a um direito, e que normalmente produzem esse efeito, devem ser chamadas de "fatos constitutivos". Entretanto, para que essas circunstâncias possam realmente dar vida a um direito, devem apresentar-se outras cuja falta impede que o direito possa ter vida. Quando falta uma das circunstâncias que devem concorrer com os fatos constitutivos, há um fato impeditivo. Vejamos a explicação de Chiovenda: "Todo direito nasce de determinadas circunstâncias que têm por função específica dar-lhe vida: contudo para produzirem o efeito que lhes é próprio, normal, devem concorrer outras circunstâncias[...]". Existindo uma circunstância que impeça um determinado fato de produzir o efeito que lhe é normal, há fato impeditivo. Já os fatos modificativos são aqueles que pressupõem válida a constituição do direito, mas tendem a alterá-lo. Assim, por exemplo, a moratória concedida ao devedor.

Diz Cruz e Tucci<sup>1842</sup> que, acompanhando a evolução da ciência processual, *causa petendi* é locução que indica o fato ou conjunto de fatos que serve para fundamentar a pretensão (processual) do demandante. O fato ou os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo, ou seja, exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão.

Marinoni e Arenhart<sup>1843</sup> afirmam que, quando se fala em fato com repercussão em esfera jurídica, alude-se a uma causa de pedir. Afirmam ser possível que a petição inicial invoque mais de uma causa de pedir, podendo isso ocorrer quando:

i) são invocados fatos de igual estrutura, que repercutem na esfera jurídica de uma pessoa: pede-se anulação de contrato alegando-se que o réu, por diversas vezes, violou determinada cláusula de contrato; ii) são invocados fatos de igual estrutura, que conduzem a efeitos jurídicos que repercutem em diferentes esferas jurídicas: dois autores, proprietários de casas vizinhas, afirmam que o réu, por culpa, causou danos a seus imóveis; iii) são invocados fatos de estrutura diferente: pede-se o despejo do réu com base no não-pagamento do aluguel e no uso indevido do imóvel.

---

<sup>1842</sup> Op. cit., p. 18.

<sup>1843</sup> Op. cit., p. 91.

Para Arruda Alvim<sup>1844</sup>, os fatos contidos na inicial, qualificados como *causa petendi*, constituem o fundamento jurídico da demanda. Entende que o autor deve demonstrar que os fatos descritos levam necessariamente à conclusão ou conclusões pedidas, isto é, à relação de causa e efeito (no plano lógico e volitivo do autor) entre os fatos jurídicos e o pedido, ou seja, os fatos e suas conseqüências. Complementa, afirmando, que:

Afigura-se-nos que a *causa petendi* é constituída pelos fatos e a respectiva fundamentação jurídica. São os fatos jurídicos em virtude dos quais nasce o interesse de agir ou mesmo a necessidade de agir, sob pena de ter o autor prejuízo. Os fatos jurídicos são, então, aqueles em virtude dos quais entende o autor ser justificável o seu acesso ao Judiciário para pleitear uma dada providência prevista pelo ordenamento e precisamente a que decorre dos efeitos jurídicos daqueles fatos. Assim a *causa petendi* é complexa, no sentido de abranger todos os fatos jurídicos e respectivos fundamentos. Por fatos jurídicos entendemos os de que dimanam conseqüências jurídicas. Distinguem-se eles, como categoria mental, dos chamados fatos simples, os quais, de *per si*, são insuficientes para gerar conseqüências jurídicas. Levam estes, apenas ao conhecimento pleno dos fatos jurídicos (qualificados aqueles como tais), os quais não poderão, de forma alguma, ser mudados durante a demanda (salvo modificação do libero - art. 264, *caput*, se admitida), o que já não ocorre com os simples.

Juvêncio Vasconcelos Viana<sup>1845</sup> afirma que no direito processual brasileiro, a causa de pedir é dupla (ou complexa). Temos a causa de pedir próxima (fundamentos jurídicos) e a causa de pedir remota (fatos constitutivos). De um lado a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda; de outro, a categorização jurídica desse mesmo acontecimento. Após expor os fatos, o autor diz como aqueles fatos justificam o que adiante se pede. Além dos fatos constitutivos (causa ativa), v.g., um empréstimo, há necessidade de se afirmarem os fatos violadores do direito do autor (causa passiva), v.g., o não pagamento da dívida, como forma de se verificar o interesse de agir da parte.

---

<sup>1844</sup> Op. cit., p. 429.

<sup>1845</sup> A causa de pedir nas ações de execução, in *Causa de pedir e pedido no processo civil*, op. cit., p. 97.

Ricardo de Barros Leonel<sup>1846</sup> diferencia a teoria da individualização, segundo a qual seria suficiente ao autor exprimir, na inicial da demanda, o conteúdo do direito deduzido, ou seja, os fundamentos jurídicos de seu pleito, sem a necessidade de menção aos fatos que teriam dado origem a este direito, da teoria da substanciação, na qual, além da dedução do conteúdo do direito, ou seja, dos fundamentos jurídicos da pretensão, seria imprescindível a indicação, quando da propositura da ação, dos fatos originários da relação substancial trazida a juízo. Acrescenta que a adoção de uma ou outra é mera opção de política legislativa.

Marcelo Abelha Rodrigues<sup>1847</sup>, citando lição de Chiovenda, no sentido de que *causa petendi* é a causa eficiente da ação, ou seja, um estado de fato e de direito, que é a razão a que se refere a ação, e que habitualmente se divide em dois elementos: uma relação jurídica e um estado de fato contrário ao direito, conclui pela existência de uma causa de pedir próxima, que seriam os fundamentos jurídicos; e outra remota, que seriam os fatos. Ressalta que cada fato diferente possibilita a proposição de uma ação diferente, pois será diferente a causa de pedir remota, não havendo, portanto, tríplice identidade. Observa, ainda, que não são considerados como modificação da causa de pedir, nem ensejam demanda diferente, as circunstâncias de fato que, perante o direito material, não sejam suficientes ou adequadas a justificar o pedido.

Rosa Maria e Nelson Nery Júnior<sup>1848</sup> prelecionam que a petição inicial deverá indicar os fundamentos de fato (causa de pedir próxima) e os fundamentos de direito (causa de pedir remota) do pedido, ou seja, o autor deverá indicar o porquê de seu pedido. Isso ocorre, porque nosso sistema

---

<sup>1846</sup> A *causa petendi* nas ações coletivas, in *Causa de pedir e pedido no processo civil*, op. cit., p. 134-135.

<sup>1847</sup> Op. cit., p.214-215.

<sup>1848</sup> Op. cit., p. 478.

processual adotou a teoria da substanciação do pedido. Informam que a ela se opunha a teoria da individuação, que exigia apenas a indicação dos fundamentos jurídicos para caracterizar a causa de pedir e tornar admissível a ação, teoria essa que hoje se encontra superada, não mais possuindo importância jurídica.

Para os referidos autores, os fundamentos de fato compõem a causa de pedir próxima. É o inadimplemento, a ameaça ou a violação do direito (fatos) que caracteriza o interesse processual imediato, quer dizer, aquele que autoriza o autor a deduzir pedido em juízo. Afirmam que:

Daí por que a causa de pedir próxima, imediata, é a violação do direito que se pretende proteger em juízo, isto é, os fundamentos de fato do pedido. O direito em si, em tese e abstratamente considerado, não pode ser o fundamento imediato do pedido: afirmar ser titular de um direito não é suficiente para justificar o ingresso em juízo, pois é necessário que se diga o motivo pelo qual (fundamentos de fato) o direito está ameaçado ou foi violado. Por isso é que a causa de pedir imediata (próxima) são os fundamentos de fato, vale dizer, o que imediatamente motivou o autor a deduzir sua pretensão em juízo.

Entendem que os fundamentos jurídicos compõem a causa de pedir remota. É o que, mediamente, autoriza o pedido. Argumentam que:

O direito, o título, não podem ser a causa de pedir próxima porque, enquanto não ameaçados ou violados, não ensejam ao seu titular a necessidade do ingresso em juízo, ou seja, não caracterizam *per se* o interesse processual primário e imediato, aquele que motiva o pedido. Fundamento jurídico é a autorização e a base que o ordenamento dá ao autor para que possa deduzir pretensão junto ao Poder judiciário. É o título do pedido (a que "título" você pede?), que tanto pode ser a lei como o direito, o contrato etc<sup>1849</sup>.

Para Moraes Salles<sup>1850</sup>, os fatos devem ser claramente expostos para que o magistrado possa conhecê-los e apreciá-los em todos os seus aspectos, a fim de formar sua convicção, e, também, a fim de que o réu

---

<sup>1849</sup> Op. cit., p. 478.

<sup>1850</sup> Op. cit., p. 297-298.

possa preparar sua defesa. Afirma que, na ação de desapropriação, os fatos são a obra ou serviço a ser executado, ou a destinação a ser dada ao bem que vai ser desapropriado; enquanto o fundamento jurídico do pedido é a utilidade pública invocada pela Administração, ou, ainda, o interesse social.

Seguindo a orientação dada por Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, reconhece-se ser a causa de pedir próxima (imediata), na ação de desapropriação por utilidade pública, a violação do direito que se pretende proteger, ou seja, os fundamentos de fato que motivaram a deduzir a sua pretensão em juízo. Constituem eles a necessidade ou utilidade pública que exige a utilização e a transferência da propriedade de determinado bem de outrem; e a resistência do seu titular em aceitar o valor que lhe oferta a Administração Pública. A causa de pedir remota, ou o fundamento jurídico, consiste na prevalência, na supremacia do interesse público sobre o particular.

#### **4.5 - Classificação**

Ao se classificarem as ações, busca-se agrupá-las em espécies, a fim de que sejam mais bem identificados suas características e seu regime legal, podendo, para tal, serem utilizados vários critérios.

Tradicionalmente, costuma-se classificar as ações tendo em vista o tipo de provimento jurisdicional que é solicitado pelo autor. Essa forma de classificação tem origem no pressuposto de que, se toda ação implica determinado pedido de provimento jurisdicional, e, se entre as ações é possível



estabelecer diferenças, exatamente na medida em que os provimentos pedidos sejam diferentes, justifica-se a classificação que adota esse critério<sup>1851</sup>.

Sérgio Bermudes<sup>1852</sup> adverte que a ação, como direito à jurisdição, não se classifica. Observa que as classificações desenvolvidas pela doutrina se referem ou aos efeitos das ações, ou à sentença buscada pelo autor, ou ao pedido, ou mesmo à possibilidade de ser ela proposta isoladamente, ou a ficar na dependência de outra. Ressalta que elas não condizem com a essência da ação judicial, mas com aspectos da sua existência.

Entende Arruda Alvim<sup>1853</sup> que, ao se classificarem as ações tendo em vista basicamente os efeitos processuais especialmente visados pelo autor quando propôs a demanda, está relevantemente considerado o critério da simetria ou congruência, dado que, sendo a sentença de recebimento total da ação, produzir-se-ão, precisamente, aqueles efeitos colimados pelo autor<sup>1854</sup>.

Teresa Arruda Alvim Wambier, ao tratar da classificação das sentenças, aduz que elas, também, classificam-se com base na espécie de tutela jurisdicional. Seguindo esse critério, as ações e as sentenças são classificadas da mesma forma, desde que a sentença seja de procedência, pois nos casos em que se dá pela improcedência do pedido, a sentença será sempre declaratória

---

<sup>1851</sup> Cf. doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, *in Teoria Geral do Processo*. 10. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 262.

<sup>1852</sup> *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 50-51. No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara afirma que a ação é, em termos científicos, insuscetível de classificações. Sendo a ação o poder de provocar o exercício da jurisdição, e sendo esta uma, também uma será aquela. Por isso, a classificação da ação é despida de qualquer fundamento teórico (ao contrário da classificação das espécies de tutela jurisdicional, ou das espécies de sentença, estas sim relevantes para a ciência processual). Todavia, defende que tal classificação deve ser mantida por razões de ordem didática, uma vez que liga o exercício *in concreto* do poder de ação ao tipo de tutela jurisdicional pretendida ou à pretensão que se quer fazer valer em juízo. *Lições de direito processual civil*. 13. ed., rev. e atual. segundo o Código Civil de 2002 e pela Emenda Constitucional 45/2004. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1, p. 134.

<sup>1853</sup> *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 567.

<sup>1854</sup> *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 99.

negativa. Conclui no sentido de que o pedido que houver no bojo da ação é que irá determinar de que tipo de ação se trata, e de que tipo de sentença se tratará.

Para Marinoni<sup>1855</sup>, são as tutelas jurisdicionais dos direitos que expressam os resultados que o processo produz no plano do direito material. O objetivo da classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos é demonstrar as formas de tutela que o autor tem direito de obter perante a jurisdição e, como consequência disso, a maneira como a ação e o processo devem estruturar-se para permitir sua prestação. A razão de ser da classificação das tutelas tem um objetivo concreto e prático bem definido, pois parte da premissa de que as normas atributivas de direitos não bastam, já que a titularidade de um direito depende da existência de formas para a sua tutela, para deixar claro que a ação, como instrumento por meio do qual se pode exigir uma dessas formas de tutela, deve estruturar-se de maneira adequada a permitir sua obtenção<sup>1856</sup>.

Segundo Kazuo Watanabe<sup>1857</sup>, a doutrina tradicional, ao classificar as ações em ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares, leva em conta, também, a cognição e não apenas a natureza do provimento ou da tutela reclamada. A chamada ação de conhecimento é basicamente caracterizada, na sistematização mais ampla e no confronto com as demais ações, pela atividade de cognição (= conhecimento) que o juiz

---

<sup>1855</sup> Op. cit., p. 298.

<sup>1856</sup> Ressalta o citado autor que a pretensão processual tem duas faces, constituindo a tutela jurisdicional do direito resposta à pretensão à tutela jurisdicional do direito, e não resposta à pretensão à sentença. Apenas a pretensão à tutela jurisdicional do direito, e não a pretensão à sentença, possui um conteúdo variável capaz de influir sobre a utilização das técnicas processuais - por exemplo, das sentenças e meios executivos. Entende que não há como pensar em tutela jurisdicional sem separar as várias formas de tutela dos direitos exigidas e prometidas pelo direito material das técnicas processuais que devem viabilizar a sua prestação. Que o conceito de tutela jurisdicional do direito deve influir na conformação da ação adequada. Daí que há pretensão à tutela jurisdicional do direito, isto é, à tutela inibitória e não à sentença mandamental, por exemplo - e há direito à construção da ação adequada à tutela do direito ao caso concreto. Propõe a existência de um direito à construção da ação adequada à tutela do direito material e ao caso concreto, o qual é obviamente autônomo em relação ao direito material, mas tem a sua legitimidade dependente da tutela jurisdicional de direito reclamada. Op. cit., p. 301-303.

<sup>1857</sup> *Da cognição no processo civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005, p. 40-41.

desenvolve. Já em sua subclassificação em ações declaratórias, ações condenatórias e ações constitutivas, é que aparece o critério da natureza do provimento, mais especificamente, a sua função (declarar, condenar ou constituir). O provimento é o resultado da atividade cognitiva do juiz, de sorte que a alusão a "conhecimento" não indica a natureza do provimento. Daí, afirmar que seria mais coerente a classificação sob o critério da cognição, numa primeira e mais ampla sistematização, em ação de cognição plena, ação de cognição sumária e ação de cognição rarefeita ou quase inócua.

Explica Kazuo Watanabe<sup>1858</sup> que a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso no processo. Diz, citando Cândido R. Dinamarco, que, no processo de conhecimento, a cognição do juiz tem por objeto um trinômio de questões, incluindo aquelas sobre a regularidade do processo (v. g., os pressupostos processuais), as que versam sobre as condições da ação e, finalmente, as questões de mérito. Esclarece que:

o critério que procuramos levar em conta é a distinção da cognição segundo dois planos distintos, o da extensão (horizontal) e o da profundidade (vertical). De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada "de uma área toda de questões", seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade<sup>1859</sup>.

---

<sup>1858</sup> Op. cit., p. 67 e 81.

<sup>1859</sup> Op. cit., p. 128-129.

Assim, considerando o critério da cognição, é de se concluir que na ação de desapropriação por utilidade pública a cognição encontra limite no art. 9º c/c art. 20, ambos do Dec.-lei n. 3.365/1941. Por isso, pode-se afirmar que a cognição do juiz é limitada em extensão. Quanto ao objeto cognoscível, a perquirição do juiz não sofre limitação, e a cognição é exauriente em profundidade, até porque, feita a citação, a causa seguirá com o rito ordinário (art. 19, Dec.-lei n. 3.365/1941).

Na Alemanha, Wach, em estudo publicado em 1855, já mencionava três modalidades de tutela sentencial: uma "declaração em sentido estrito", consistente no reconhecimento ou na negação de um direito (sentença declaratória); uma condenação, isto é, "imposição de realizar uma prestação ou ato", que seria o fundamento do direito à modificação coativa direta do estado de coisas (a saber, a execução); e por fim, um pronunciamento capaz de estabelecer de imediato o resultado pretendido, sem necessidade de ato executivo algum, no momento mesmo em que transita em julgado. Mesmo Wach não tendo atribuído a essa terceira classe uma denominação especial, ela correspondia aos casos em que se cuidava de simples regulamentação jurídica, sem alteração fática (tais como: o divórcio, a anulação de uma decisão arbitral, a dissolução de uma cooperativa), semelhando-se à classe de sentenças que mais tarde foi designada como sendo constitutiva<sup>1860</sup>.

Posteriormente, em 1912, Hellwig expôs a classificação ternária das sentenças, em termos que, segundo informa Barbosa Moreira<sup>1861</sup>, mantiveram-se praticamente inalterados na posterior literatura alemã. Segundo tal classificação, as sentenças seriam: a) meramente declaratória, que nada mais

---

<sup>1860</sup> Cf. Barbosa Moreira, *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

<sup>1861</sup> Op. cit., p. 126.

fazia que pronunciar-se a cerca da existência ou inexistência de uma concreta relação jurídica; b) condenatória, que se distinguiria da primeira por conter uma ordem, ou antes duas, uma dirigida ao réu, no sentido de realizar a prestação, outra endereçada ao órgão da execução, ao qual atribuía o dever de executar, cuja característica essencial era a de realizar diretamente uma modificação da situação jurídica existente.

Barbosa Moreira<sup>1862</sup> registra a tentativa de Kuttner, em obra publicada em 1914, de destacar uma figura nova, a da *Anordnungsurteil*, antepassada daquela que viria a ser batizada, no Brasil, como sentença mandamental. Observa que, apesar de tal proposta ter sido avalizada por Goldschmidt, teve escassa e efêmera repercussão na época e não é mais referida nas obras modernas.

Na Itália, Giuseppe Chiovenda<sup>1863</sup>, ao considerar a ação como sinônimo do direito deduzido ou a deduzir judicialmente, ou seja, como poder em si de pedir a atuação da lei por meio dos órgãos jurisdicionais, entende que, nesse caso, sua classificação deve ser feita considerando a natureza do pronunciamento judicial veiculado na ação, quando, então, a atuação da lei no processo pode assumir três formas: cognição, conservação, execução. Quanto ao processo de conhecimento afirma que:

A mais plena forma de provimento do juiz é a sentença que, baseada em completo conhecimento da causa, com prévio exame a fundo - bem entendido - de todas as razões das partes, acolhe ou rejeita a demanda, afirmando ou negando a existência da vontade concreta da lei invocada pelo autor. Se a vontade da lei impõe ao réu uma prestação passível de execução, a sentença que acolhe o pedido é de condenação e tem duas funções concomitantes, de declarar o direito e de preparar a execução; se a sentença realiza um dos direitos potestativos que, para ser atuados, requerem o concurso do juiz, é

---

<sup>1862</sup> Op. cit., p. 126-127.

<sup>1863</sup> *Instituições de direito processual civil*, 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1, p. 52-54.

constitutiva; se, enfim, se adscrive a declarar pura e simplesmente a vontade da lei, é de mera declaração. Temos, portanto, correspondentemente, estes três primeiros grupos de ações: ações de condenação; ações constitutivas; ações declaratórias.

Acrescenta Chiovenda<sup>1864</sup> que, outras vezes, o pronunciamento do juiz tem por escopo apressar a execução, e, embora sem prescindir do conhecimento, delimita-lhe os confins, porque se baseia num conhecimento ou não definitivo, ou parcial, ou superficial. Essas declarações têm preponderante função executiva (execução provisória da sentença, procedimento documental, cambiário, procedimento monitório ou injuncional). Qualifica as ações com essa finalidade de ações sumárias. Tratando as provisões dos órgãos judiciais de prover com urgência a manutenção do *statu quo*, como, por exemplo, assegurar a futura satisfação de um possível direito depois de sua declaração, diz que correspondem às ações assecutórias, com as quais se efetiva, uma tutela de conservação.

Concluiu Chiovenda<sup>1865</sup> afirmando que toda ordenação jurídica deve apresentar certa correspondência e certa coordenação entre a lei substancial e a lei processual, no sentido de que toda vontade concreta da lei, cuja formação seja possível segundo uma lei substancial, deve encontrar na lei processual meios idôneos de atuação. Adverte que o número e a natureza desses meios variam conforme as leis dos diversos lugares e dos diversos períodos. Em um processo pode fazer-se necessário o conhecimento antecedente à execução; em outro pode ser admitida a execução sem o conhecimento prévio; em outro, ainda pode aceitar-se o primeiro sistema como regra, o segundo como exceção. Tal processo pode admitir a ação de mera declaração, tal outro ignorá-la. E dessa forma as ações sumárias, as assecutórias podem ser compreendidas por uma lei e desconhecidas em outra.

---

<sup>1864</sup> Op. cit., p. 54-55.

<sup>1865</sup> Op. cit., p. 55.

Echandía<sup>1866</sup>, considerando a espécie de jurisdição, o tipo de processo e os fins para os quais se pleiteia a sentença judicial, entende que pode ser aceito como critério amplo aquele que distingue as ações em civis, penais, trabalhistas, militares, ou seja, segundo a jurisdição à qual pertençam. Podem ser distinguidas as ações ordinárias das que tenham um procedimento especial. Também podem ser classificadas em ações singular ou coletiva; contenciosa ou de jurisdição voluntária. Mas, considera, a classificação mais importante a que se refere aos fins para os quais se pleiteou a sentença, referindo-se às ações de conhecimento (declaratória, condenatória, constitutiva); ações executivas; e ações cautelares.

Segundo Barbosa Moreira<sup>1867</sup>, na Itália acabou por firmar-se a classificação ternária, que continua a ser adotada na literatura mais recente. Acrescenta que a classificação ternária predomina ainda hoje também noutros países da chamada família romano-germânica, como a Áustria, a Espanha, a Argentina.

Entre nós, Pontes de Miranda<sup>1868</sup>, considerando o quanto de eficácia, classifica as ações em: declarativas; constitutivas (positivas ou negativas, isto é, geradoras ou modificativas, ou extintivas); condenatórias; mandamentais; ou executivas. Mesmo assim, adverte que não há nenhuma

---

<sup>1866</sup> *Teoría General del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, t. 1, p. 211-212.

<sup>1867</sup> *Op. cit.*, p. 128.

<sup>1868</sup> *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, t. 1, p. 117 e 124. Luiz Guilherme Marinoni critica essa classificação adotada por Pontes de Miranda, por entender que ela não guarda coerência com a própria idéia de ação de direito material, pois a eficácia de uma ação de direito material não pode ser abalizada pelas formas processuais de proteção dos direitos. Afirma que, embora Pontes tenha percebido a necessidade de o processo se conformar ao direito material, utilizou categorias processuais para aludir às eficácias das ações de direito material, o que entende seja uma contradição. Também afirma que Pontes, ao classificar as ações, invocou fundamentos que não estão em um mesmo plano lógico, ora fazendo referência ao seu conteúdo, ora justificando-as com base no comportamento do réu, ora caracterizando-as a partir do que o juiz faz. Conclui que a classificação das ações segundo as suas eficácias perante o direito material apenas pode ser aceita por quem admite que o autor exerce ação de direito material. Para quem não aceita o exercício de ação de direito material, mas sim o exercício de pretensão à tutela jurisdicional do direito, o que se deve classificar são as tutelas jurisdicionais dos direitos. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 297.

ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. Exemplifica que a ação somente é declaratória porque a sua eficácia maior é a de declarar. Ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua do que se condene, do que se execute<sup>1869</sup>.

Sobre as ações declaratórias, diz Pontes de Miranda<sup>1870</sup> que o interesse jurídico há de consistir na prestação jurisdicional de declaração da existência, ou inexistência, de relação jurídica, ainda futura, se nela está, ou estará ou se dela decorreu, decorre ou vai decorrer direito, pretensão, ou ação, ou exceção, ou se há de o autor defender-se, ou excepcionar, no futuro, quanto a tal direito, pretensão ou faculdade. Lembra que a única espécie de ação declaratória que diz respeito a fato (= acontecimento do mundo fático) é a concernente à declaração de falsidade ou autenticidade de documento.

Quanto à ação constitutiva, Pontes de Miranda<sup>1871</sup> observa que, de regra, ela se prende à pretensão constitutiva, *res deducta*, quando se exerce a pretensão à tutela jurídica. Quando a ação constitutiva é ligada ao direito, imediatamente, não há, no plano da *res in iudicium deducta*, pretensão constitutiva (ela existe no plano do direito subjetivo à tutela jurídica em

---

<sup>1869</sup> Também Eduardo Talamini adverte que se classifica a sentença (e demanda respectiva) tomando-se em conta não uma única eficácia. Considera-se aquela que é preponderante. Isso porque toda sentença reúne a multiplicidade de eficácias. Em outros termos, cada categoria de sentença não se peculiariza pela aptidão de gerar um único tipo de efeito (só declaração, só condenação...); o que a identifica é o elemento eficaz que sobressai, que prevalece sobre os outros. Entre as várias eficácias geradas pela mesma sentença, uma é a que tem mais destaque: é a "eficácia preponderante" ou "força" da sentença. Esclarece que, ao se falar em multiplicidade de eficácias, quer-se demonstrar que a sentença que acolhe uma mesma e única demanda conjuga em si a variedade de eficácias. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 201.

<sup>1870</sup> Op. cit., p. 119.

<sup>1871</sup> Op. cit., p. 120.



pretensão constitutiva). Então, o titular da ação age para a constituição, a que tem direito, ou por ato próprio (direito de denúncia, direito de resolução), ou por meio de ato judicial (sentença), ou de outra autoridade que não o juiz.

Segundo, ainda, Pontes de Miranda<sup>1872</sup>, a ação de condenação supõe que aquele ou aqueles a quem ela se dirige, tenham obrado contra direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*con-damnare*). Não se vai até a prática do *con-dano*; mas já se inscreve no mundo jurídico que houve a danação, de que se acusou alguém, e pede-se a condenação. À ação executiva é que compete, depois, ou concomitantemente, ou por adiantamento, levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico. A ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental. A ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-o de lá (*ex-sequor, ex-secutio*). No definir títulos executivos e em apontá-los o direito material reputa-os suficiente para começo de execução (cognição incompleta). É comum às sentenças condenatórias que transitam em julgado terem em si elementos de cognição completa para a execução, salvo lei especial.

Cândido Dinamarco<sup>1873</sup> ressalta que o resultado da sentença declaratória, seja positiva ou negativa, é invariavelmente a certeza - quanto à existência, inexistência ou valor de relações jurídicas, direitos e obrigações. Seu único efeito substancial é a declaração da existência ou inexistência de relações jurídicas, direitos e obrigações (daí, ser meramente declaratória) Em nenhuma hipótese, mesmo quando positiva, constitui título para a execução forçada.

---

<sup>1872</sup> Op. cit., p. 121-122.

<sup>1873</sup> Op. cit., p. 199 e 219.

Citando Liebman, afirma Cândido Dinamarco<sup>1874</sup> que a tutela que as sentenças condenatórias concedem consiste em afirmar imperativamente a existência do direito do autor e em aplicar a sanção executiva. O que a distingue das demais é a possibilidade de criação de condições para que a execução passe a ser admissível no caso, isto é, para que ela venha a ser a via adequada para o titular do direito buscar sua satisfação. Ao declarar a existência do direito e aplicar a sanção executiva, a sentença condenatória está instituindo o título executivo, que é requisito sem o qual nenhuma tutela executiva será admissível. Entende que a sentença condenatória tem um caráter constitutivo em sentido *lato*, consistente em criar essa nova situação jurídico-processual que é a admissibilidade da execução forçada. Reconhece, ainda, que a sentença condenatória não é por ela própria suficiente para oferecer ao credor uma tutela jurisdicional plena: a satisfação do crédito só ocorrerá se o devedor atender ao preceito e cumprir a obrigação voluntária.

Dinamarco<sup>1875</sup> defende que a sentença mandamental é outra modalidade da sentença condenatória, caracterizada pelo maior potencial executivo de que é carregada. Aduz que as sentenças condenatórias mandamentais são dotadas da mesma estrutura lógico-substancial das condenatórias clássicas. Entende que a sentença mandamental é título para a execução forçada, tanto quanto a condenação ordinária - e, portanto, é também uma condenação. Afirma que a diferença está no conteúdo da sanção imposta, na qual se exacerba o fator comando, ou mandamento. Argumenta que:

O comando contido em tais sentenças é de tal intensidade, que autoriza o juiz, ainda no processo de conhecimento e sem necessidade de propositura ou instalação do executivo, a desencadear medidas destinadas a proporcionar ao vencedor a efetiva satisfação de seu direito. Segundo o *caput* e parágrafos do art. 461 do Código de Processo Civil (ou do art. 84 do CDC), o juiz tem o

---

<sup>1874</sup> Op. cit., p. 229-230.

<sup>1875</sup> Op. cit., p. 231-244.

poder-dever de, em caso de desobediência ao preceito, em primeiro lugar exercer pressões psicológicas de variada ordem sobre o obrigado desobediente, para que voluntariamente decida cumprir (Calamandrei); em caso de persistência em resistir, o juiz pode e deve impor, mediante atos de poder e agora independentemente da vontade do obrigado, um resultado prático equivalente ao do cumprimento. Esse notável poder concedido ao juiz tem plena legitimidade política no próprio conceito e estrutura do poder estatal, que não só inclui a capacidade de decidir imperativamente, mas também a de impor decisões.[...] A pressão psicológica a ser exercida pelo juiz (medidas de coerção) consistirá (a) em impor ou exacerbar *astreintes* razoavelmente proporcionadas e a serem devidas em caso de o obrigado continuar desobedecendo depois de decorrido o prazo fixado (multas diárias: CPC, art. 461, § 4º, e CDC, art. 84, § 4º), ou (b) em desencadear outras medidas necessárias que, caso a caso, sejam adequadas, suficientes e razoavelmente proporcionais (arts. cit., § 4º).[...] impondo-se então a medida equivalente necessária a obter o resultado desejado. Só se exclui o exercício de todo esse poder, quando se tornar prática ou juridicamente impossível a imposição do dever preceituado em sentença, ou mesmo a imposição de medida equivalente. Nesse caso, ou sempre que o credor o prefira e assim externar sua voluntária opção pessoal, a obrigação específica converte-se em pecúnia e o valor devido comporta execução por quantia certa.[...] Fora dessas hipóteses não é permitido ao juiz determinar a conversão em perdas-e-danos (CPC, art. 461, § 1º, e CDC, art. 84, § 1º).

Para o citado autor as sentenças mandamentais não constituem uma quarta categoria sentencial, ao lado da meramente declaratória, da condenatória e da constitutiva. Por sua estrutura, função e eficácia, entende que elas compartilham da natureza condenatória, sem embargo de a eficácia que lhes outorga a lei<sup>1876</sup>.

Nos casos em que a sentença condenatória comporta execução no mesmo processo em que foi proferida, sem necessidade de instaurar formalmente o processo executivo, diz Cândido Dinamarco<sup>1877</sup> tratar-se do processo executivo *lato sensu*, no qual se deixa de lado a clássica ruptura entre o conhecimento e o executivo, para que, em um processo só e unitário, seja

---

<sup>1876</sup> Op. cit. p. 245. Também para Marcus Vinicius Rios Gonçalves as sentenças mandamentais são espécies das condenatórias, porque o juiz profere uma declaração, reconhecendo o direito do autor, e aplica uma sanção, constituindo um título executivo judicial. A diferença está no conteúdo da sanção imposta. *Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17.

<sup>1877</sup> Op. cit., p. 245-246.

decidido o *meritum causae* mediante sentença condenatória, e logo em seguida realizadas as medidas de caráter executivo destinadas à satisfação do credor. Informa que a fusão do conhecimento e execução em um só processo corresponde à teoria da execução *per officium judicis*, ou seja, como dever de ofício do juiz, formulada em passado distante por Martino de Fano<sup>1878</sup>.

Já a tutela jurisdicional constitutiva, segundo Cândido Dinamarco<sup>1879</sup>, consiste em dar efetividade ao direito do autor à alteração de uma situação jurídico-material que ele não deseja e pretende eliminar. É a ordem jurídica substancial que lhe confere o direito subjetivo a modificações dessa ordem, não a lei do processo. Afirma que a técnica processual representada pelas sentenças constitutivas é somente um instrumental de apoio a esses direitos, oferecido para a efetivação da garantia constitucional do acesso à justiça. A necessidade da via judicial para obter certas modificações de situação jurídica (ações constitutivas necessárias) é decorrência da indisponibilidade da relação jurídica<sup>1880</sup>. Afirma que:

A tutela jurisdicional constitutiva consiste na alteração de dada situação jurídica em benefício daquele que tiver direito a ela - quer se trate de constituição, reconstituição, modificação ou extinção de uma relação jurídico-substancial.[...] a sentença constitutiva é a decisão judiciária de mérito que reconhece o direito do autor à alteração pedida e realiza ela própria a alteração.[...] o grande valor prático da sentença constitutiva é sua eficácia própria, capaz de outorgar ao beneficiário a alteração jurídico-substancial desejada automaticamente, sem depender de uma prestação de quem quer que seja e, por isso, sem jamais necessitar de complementação mediante os atos de uma execução forçada. Passada em julgado a sentença que anula o ato

---

<sup>1878</sup> Ressalta que a técnica implantada pelo art. 461 do Código de Processo Civil em relação às obrigações de fazer ou de não-fazer aproxima-se bastante aos processos executivos *lato sensu*, mas não se confunde com eles porque, lá, as atividades realizadas pelo juiz não têm caráter propriamente executivo. Elas consistem somente em pressionar psicologicamente o obrigado para que cumpra, ou em substituir o preceito descumprido por outro destinado a produzir o mesmo resultado que o omitido adimplemento teria produzido; e isso não é execução, em sentido técnico. Op. cit., p. 246.

<sup>1879</sup> Op. cit., p.250.

<sup>1880</sup> Esclarece que as locuções situação jurídica e relação jurídica têm significados diferentes. A relação jurídica representa os vínculos que o direito estabelece entre uma pessoa e outra, ou entre uma pessoa e um bem da vida (relações de direito pessoal, de direito real). Situação jurídica, em termos muito amplos, significa o estado em que a pessoa se encontra perante o direito. Op. cit., p. 215.

administrativo ou o contrato, o ato anulado perde de imediato a sua eficácia e sai definitivamente do mundo jurídico;[...] A averbação no registro público não é ato de execução forçada. Não é medida de sub-rogação de alguma atividade omitida pelo obrigado nem consistente em ir ao patrimônio deste para a satisfação do credor [...]; não passa de mera documentação da sentença, a que a doutrina deu o nome de execução imprópria.

Acrescenta Dinamarco<sup>1881</sup> que na sentença constitutiva não há uma execução provisória, pela simples razão de que sentenças dessa ordem não comportam efetivação pela via da execução forçada (processo de execução), nem são títulos executivos segundo a lei processual (só as condenatórias: art. 584, inc. I). Assevera que, quando liberados seus efeitos, a sentença constitutiva opera por si mesma, desde logo e automaticamente, a modificação jurídica determinada pelo juiz.

Para Arruda Alvim<sup>1882</sup>, em função do tipo de ação proposta, as sentenças são declaratórias, constitutivas e condenatórias (precipualemente no processo de conhecimento). Pela ação e sentença declaratórias o que se objetiva é, exclusivamente, a declaração do direito, sendo que a sentença declaratória vale como autêntico preceito, disciplinador das relações jurídicas (ou relação jurídica) das partes, ou do conflito de interesses retratado na lide e questões a ela agregadas. Reforça que, precisamente, como a ação e a sentença declaratórias têm por finalidade a obtenção da mera declaração do direito dos litigantes, não é ela, por definição, suscetível de servir de título à execução ulterior. No entanto, a norma jurídica pode atribuir-lhe eficácia de título executivo, tal como ocorre com o art. 475-N, I, do CPC, na redação da Lei n. 11.232/2005. De todo o modo, neste caso a constituição de tal sentença como título executivo decorre de lei<sup>1883</sup>.

---

<sup>1881</sup> Op. cit., p. 256.

<sup>1882</sup> Op. cit., p. 569, 570-571.

<sup>1883</sup> Observa que antes da entrada em vigor da Lei n. 11.232/05, se porventura o interessado desejasse a execução do que tivesse sido apurado a seu favor, por sentença declaratória transitada em julgado, teria de fazê-lo por ação condenatória, viabilizando-se a execução por título judicial só quando da prolação da sentença condenatória, nos termos do revogado art. 584, I. Certamente tendo sido movida ação condenatória quando já existente sentença declaratória, tal sentença declaratória projetava-se na ulterior sentença condenatória, com a sua força de coisa

Afirma, assim, que a partir da entrada em vigor do art. 475-N, I, do CPC, a sentença declaratória que se subsumir à hipótese normativa será considerada título executivo, *ex vi legis*.

Em relação à sentença constitutiva, Arruda Alvim<sup>1884</sup> afirma que, como a declaratória, também contém a solicitação ao Judiciário de que se declare um determinado direito. No entanto, o aspecto que marca especificamente a sentença constitutiva, o que a peculiariza é que ela cria, extingue ou modifica uma relação jurídica preexistente. Ela traz para o universo jurídico uma inovação específica. Essa inovação específica é produzida integralmente pela sentença constitutiva, a qual, para ter eficácia, independe de execução. De outra parte, a própria eficácia da sentença constitutiva poderá depender de providência que lhe seja posterior, como por exemplo, a do registro. Esta providência, do registro, no entanto, não se confunde com a execução propriamente dita. O autor distingue a sentença constitutiva voluntária, ou seja, quando o estado jurídico obtido pela sentença poderia ter sido conseguido pelas próprias partes litigantes, da sentença constitutiva necessária, quando o novo estado jurídico não pode ser alcançado pelas partes, senão por intermédio da intervenção do Judiciário.

Quanto à sentença condenatória, ressalta Arruda Alvim<sup>1885</sup> que o que a marca, precipuamente, é a sanção. Obtida a sentença condenatória, adquire o autor um instrumento jurídico destinado à satisfação efetiva do seu direito. Geralmente, o trânsito em julgado da condenatória habilitará o credor a

---

julgada material, no que tange à declaração do direito; por outras palavras, o resultado da sentença condenatória já estava prefixado ("prejulgado") na anterior sentença declaratória. Apenas, não tendo tido a ação declaratória o fim de obter a sanção - nem mesmo isto seria viável em seu âmbito -, a sentença respectiva não poderia, por essa razão, acrescentar à anterior declaração positiva, sobre a qual já pesa a autoridade da coisa julgada, respectiva sanção.

<sup>1884</sup> Op. cit., p. 572-573.

<sup>1885</sup> Op. cit., p. 573-574.

solicitar ao juiz o ingresso no patrimônio do devedor, para satisfação do seu direito. Acresce que, se por ventura, o recurso interposto não tiver efeito suspensivo (p. ex., nas hipóteses dos incisos do art. 520 do CPC), desde logo está autorizado o ingresso do credor, por determinação judicial, na esfera jurídica patrimonial do devedor, com base em título executivo judicial, que é a própria sentença condenatória, embora a execução, em tais casos, seja provisória (art. 475-I, § 1º), subsumível às regras do art. 475-P do CPC. Acresce que:

A sentença condenatória, assim, é vocacionada para a execução. Podemos, de um modo geral, dizer que as sentenças condenatórias, no que diz respeito aos respectivos possíveis conteúdos jurídico-materiais, correspondem aos diversos tipos de obrigações existentes no sistema jurídico. A ação condenatória é denominada, também, ação de prestação. Por prestação não se entenda, aqui, só a preexistente obrigação ou vínculo obrigacional, senão que objetiva-se, pela ação/sentença condenatória, um título sentencial ou executivo que faça as vezes do adimplemento da obrigação; o qual só não enseja a ação de execução se houver uma conduta do réu para, ainda que depois da sentença (transitada em julgado ou ensejando execução, ainda que não haja coisa julgada), adimplir a preexistente obrigação. Naturalmente, a importância da sentença condenatória é sensivelmente reduzida, na medida em que surgem, no ordenamento jurídico-processual, outros títulos executivos judiciais, ou se permita que não só a sentença condenatória venha a configurar título executivo, mas também a sentença que "reconheça a existência de obrigação" (art. 475-N I), ainda que tal reconhecimento não se dê em uma sentença condenatória.

Arruda Alvim<sup>1886</sup> observa que parte da doutrina brasileira acrescenta à classificação das sentenças, tendo em vista os efeitos distintos que produzem as diversas espécies, as mandamentais e as executivas *lato sensu*. Opina que a sentença mandamental poderia ser assimilada às sentenças constitutivas e às condenatórias, em especial, mas que o entendimento doutrinário e jurisprudencial se têm manifestado pelo entendimento de que a categoria das mandamentais é autônoma. Aduz que:

Em rigor, o perfil que veio a assumir a mandamentalidade significa que, se a sentença tiver caráter mandamental, isto conduz a que essa

---

<sup>1886</sup> Op. cit., p. 574-576.

mandamentalidade deve levar à supressão da execução, propriamente dita, significando isto que aquele que é o destinatário precípuo da ordem, ou do mandamento deve cumpri-lo. A mandamentalidade convive, portanto, com o caráter condenatório ou constitutivo, dizendo respeito, por excelência, à forma de realização do direito. A Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001, veio a dispor, expressamente, a respeito dos provimentos mandamentais, municiando o juiz com instrumental (redação do art. 14 e seu parágrafo único, por essa Lei 10.358), com a possibilidade de multa, em ocorrendo recalcitrância do destinatário precípuo da ordem, podendo atingir outros que contribuam para o não cumprimento. As modificações trazidas pelas Leis 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001, na esteira de toda uma filosofia e uma disciplina citada em relação àquilo que se denomina de execução indireta. Em trabalho em que se versam diversos assuntos, a respeito da mandamentalidade, escrevemos o seguinte: "O comando mandamental, em nosso sentir, é significativo de que se agrega ao efeito da decisão uma ordem, categórica, para o destinatário desta, a esse mandamento submeter-se. De certa forma, se na execução, propriamente dita, praticam-se atos materiais substitutivos da vontade do executado, na mandamentalidade a realização do direito depende dessa vontade; ou talvez, mais comumente, de vergar e submeter essa vontade. Nessa medida, ou, diante dessa contingência, é necessário quebrar essa vontade do destinatário do mandamento. Pretender-se que alguma coisa se cumpra ou que uma ordem seja obedecida, sem a correspondente sanção, ou sem a correspondente possibilidade de sanção, é manifesta ingenuidade. As determinações mandamentais, portanto, necessitam vir acompanhadas da correlata consequência intimidadora do destinatário da ordem, para a hipótese de recalcitrância, mormente porque é necessária a vontade do destinatário, ao menos a sua conduta, ainda que contra a sua própria vontade, para a consecução ou o cumprimento da ordem ou do mandamento. No inc. V do art. 14, se estabelece a indeclinabilidade de cumprimento e obediência às decisões judiciais, sejam eles da natureza que forem, decisões interlocutórias ou sentenças, de caráter antecipatório ou final. É um texto dirigido aos litigantes, ou, mais precisamente, à parte destinatária de ordem a ser cumprida ou da conduta que a esta incumbe se submeter, com exclusão dos advogados, submissos à Ordem dos Advogados, como consta do próprio parágrafo único, do inc. V".

Quanto à denominada sentença executiva *lato sensu*, diz Arruda Alvim<sup>1887</sup> que, tal como a sentença mandamental, ela tem aptidão de produzir efeitos executivos independentemente de ação de execução a ser ajuizada. Entende que não há utilidade prática em se distinguirem as sentenças executivas *lato sensu* e mandamentais das constitutivas e/ou das condenatórias. Já as sentenças dispositivas ou sentenças determinativas são aquelas que teriam

---

<sup>1887</sup> Op. cit., p. 577.



por finalidade específica dispor a respeito das relações jurídicas dos litigantes. Afirma existir em tais sentenças uma carga bem mais acentuada de disposições sobre o direito (= relação[ões] jurídica[s]), do que nas demais espécies.

Para Ovídio A. Baptista da Silva<sup>1888</sup>, quando se diz que as ações e sentenças podem ser declaratórias, constitutivas e condenatórias, está-se a descrever a ação de direito material. Explica que, segundo a regra da congruência entre pedido e sentença, tanto faz classificarem-se as ações ou as sentenças, já que a cada ação há de corresponder uma sentença - naturalmente se ela for de procedência - de igual natureza.

Afirma o autor mencionado que a ação declaratória visa eliminar a incerteza em torno da existência ou inexistência de uma relação jurídica questionada, posta em dúvida por um de seus integrantes. A tutela jurisdicional se esgota com a simples emissão da sentença e com a correspondente produção da coisa julgada. Adverte que o interesse que legitima a ação declaratória deve ser demonstrado objetivamente. O autor haverá de demonstrar que a incerteza provém de alguma circunstância externa e objetiva, diversa da simples incerteza subjetiva, ou puramente acadêmica<sup>1889</sup>.

Ovídio Baptista<sup>1890</sup> posiciona-se no sentido de que temos sentença condenatória, mas não temos ação condenatória. Entende que, quem exercer o que se diz "ação condenatória", na verdade limita-se a exercer "pretensão condenatória". A ação é executiva ou "condenatório-executiva". Argumenta que:

---

<sup>1888</sup> *Teoria geral do processo civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 253.

<sup>1889</sup> Op. cit., p. 255.

<sup>1890</sup> Op. cit., p. 260-261.

A sentença condenatória deveria ser uma sentença incidental, de modo que a relação processual prosseguisse, até o ato final executório, eliminando-se a autonomia da "ação" condenatória, como era da tradição de nosso direito. A execução, nas pretensões obrigacionais, passaria a ser, como sempre fora, a fase final de uma única relação processual que, começando com a petição inicial do que seria um "processo de conhecimento", prosseguiria até o ato final que encerrasse o procedimento executivo. Todavia, este modo de conceber a "ação" condenatória não interfere com seu conceito e nem altera sua relação com as demais ações, especialmente com a declaratória e a constitutiva. Aliás, a dificuldade sempre encontrada pelos juristas que procuram definir a condenação é o testemunho mais eloqüente de sua inexistência, como uma categoria autônoma de pretensão de direito material. Todos os que procuraram conceituá-la acabam caracterizando-a por seus efeitos, sem indicar o *proprium* que formaria sua essência. Temos como certo apenas o seguinte: a "ação" condenatória está ligada ao direito das obrigações, portanto terá o contrato e os ilícitos como suas fontes primárias. A demanda condenatória deve, além disso, ser demarcada por conter eficácia declaratória e uma dose de eficácia executiva, em quantidade que possibilite, *ex intervallo*, a subsequente execução. Difere, porém, das demais execuções, que Pontes denominava *lato sensu* executivas, em que a execução que se seguir à sentença condenatória terá como objeto bens de propriedade legítima do condenado. A execução será sempre expropriatória, o que não acontece com as execuções reais, ditas por Pontes execuções *lato sensu*".

Ovídio Baptista da Silva<sup>1891</sup> distingue as ações constitutivas das condenatórias por duas particularidades: as constitutivas prescindem de uma ação executória posterior para realizarem, completamente, a pretensão posta em causa - se o autor pede a rescisão do contrato, ou a anulação do negócio jurídico a sentença de procedência dirá que o autor tem direito a obter tais resultados e, desde logo, na própria sentença, decretará a rescisão ou anulação pretendida pelo demandante. E, as ações constitutivas não se limitam a declarar a existência ou a inexistência de uma relação jurídica; têm por fim pedir ao juiz que crie ou extinga, ou simplesmente modifique, uma determinada relação jurídica.

Ovídio Baptista da Silva<sup>1892</sup> distingue uma sentença condenatória e uma executiva *lato sensu* pelos respectivos enunciados sentenciais. Afirma que, na condenatória, o juiz deverá inserir, na parte

---

<sup>1891</sup> Op. cit., p. 261-262.

<sup>1892</sup> Op. cit., p. 267-270.

dispositiva da sentença, um provimento desta espécie: "Condeno o réu a cumprir a obrigação" (pagando, indenizando, entregando coisas, fazendo ou não fazendo alguma coisa). Nas hipóteses do § 5º do art. 461 do CPC, o que ocorre é que as ações aí previstas não são mais preponderantemente condenatórias. Seu espectro sentencial apresenta a eficácia executiva mais elevada. Daí a possibilidade de o juiz promover, mesmo de ofício, a execução. Acresce que:

Vê-se, por conseguinte, que a demanda executiva diferencia-se claramente da condenatória. A pretensão que dá nascimento à ação executiva é pretensão a haver coisa a respeito da qual se litiga, portanto, uma pretensão real, não como ocorre com a condenatória, uma pretensão obrigacional.[...] Podemos, então, resumir a distinção entre uma ação condenatória e outra executiva dizendo que a primeira funda-se no contrato, ao passo que a segunda nasce somente depois que a sentença tenha desfeito a relação obrigacional, nos casos em que haja uma relação contratual a impedir o exercício da pretensão a haver a coisa.[...] A diferença a que nos referimos está em que a execução das sentenças de procedência, nas ações reais, é a realização de uma parcela interna à própria pretensão material. A execução é o próprio pedido formulado na petição inicial, ao passo que a execução, mesmo *ope iudicis*, de uma sentença condenatória será não mais do que um complemento da pretensão condenatória, que já tivera resposta jurisdicional completa e acabada com a respectiva sentença. A sentença condenatória dá resposta integral ao pedido formulado na petição inicial. A sentença proferida na ação real, não. O pedido é mais extenso, ele exige, como atividade interna à pretensão posta na petição inicial, a execução. O autor de uma demanda condenatória pede apenas condenação. O autor de uma ação real pede mais, pede execução. Comparem-se uma ação de indenização e uma ação possessória de reintegração. Na primeira, não se pede execução, pede-se condenação a indenizar, que a sentença de procedência atende, condenando; na segunda, se não se fizer execução, a pretensão não será satisfeita. O que se pede, na petição inicial, é propriamente a execução.

Para Ovídio Baptista da Silva<sup>1893</sup>, a pretensão da parte, contida na demanda mandamental, dirige-se à obtenção de uma determinada conduta a ser adotada pelo demandado, como acontece com a condenatória. Contudo destaca que a sentença mandamental de procedência contém (está em seu conteúdo) ordem para que o demandado faça ou não faça o que fora pedido pelo autor. Mesmo se assemelhando, por esta peculiaridade, às sentenças

---

<sup>1893</sup> Op. cit., p. 271.

executivas, delas se distinguem em ponto relativo à qualidade de suas eficácias. Enquanto pelas ações executivas se busca, como resultado, a realização de um direito de natureza privada, nas mandamentais o que se quer é que o juiz não condene, mas ordene, impondo, geralmente a outro órgão público, mas em muitos casos também aos particulares, um determinado comportamento traduzido em um fazer ou não fazer.

Sustenta o citado autor que as ações contempladas pelos arts. 461 e 461-A ou são mandamentais ou são ações reais (ditas executivas *lato sensu*). Entende que seria mais próprio que o legislador, no art. 461, se referisse a dever e não a obrigação, já que os deveres é que dão lugar às sentenças mandamentais. Explica mais que, na execução forçada para cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, o condenado é citado para satisfazê-la (art. 632 do CPC). É o que ocorre, também, com a ordem final expedida em ação de mandado de segurança, que ordena ao poder público o cumprimento do julgado. Contudo, as conseqüências que decorrem do descumprimento das sentenças é que serão completamente diferentes. Afirma que:

Na execução da sentença condenatória, o juiz providenciará a instrumentalização de meios executórios tendentes a realizar, forçadamente, aquele fazer ou não fazer que ao obrigado competia prestar. Se a atividade, a que fora condenado o executado, puder ser realizada por terceiro, o juiz, a requerimento do credor, providenciará no sentido de incumbir um estranho dessa tarefa; se o *facere* ou *non facere* for infungível, o resultado final do processo de execução forçada corresponderá à composição pecuniária por perdas e danos (art. 633 do CPC). Ora, a conversão em execução da sentença proferida em mandado de segurança, de modo que ao demandante vitorioso restasse apenas a alternativa de ver-se ressarcido por perdas e danos, quando o poder público se recusasse a cumprir a ordem judicial contida na sentença, desnaturaria completamente a ação de mandado de segurança. Enquanto nas condenatórias a execução está preordenada a possibilitar que o juiz, através de seus auxiliares, cumpra, em última instância, uma obrigação de natureza privada, fazendo o que competia ao devedor fazer, nas mandamentais a conseqüência do não cumprimento da ordem emanada da sentença sujeita seu destinatário a responder por crime de desobediência à ordem judicial (art. 330 do CP), podendo, em certas hipóteses, autorizar o próprio juiz a realizar,

através dos serviços auxiliares, a atividade realizadora da pretensão da parte, como ocorre nas ações cautelares, que, como se sabe, são mandamentais<sup>1894</sup>.

Para Ovídio Baptista da Silva<sup>1895</sup>, a Lei n. 11.232, de 22-12-2005, eliminou a autonomia do processo de execução das sentenças, de modo que a sentença condenatória, que encerrava o "processo de conhecimento", na concepção originária do Código, agora passou a ser apenas uma "sentença incidental de mérito", ou uma "sentença parcial de mérito". A ação voltou a ser, como no regime do revogado Código de Processo Civil de 1939, "condenatório-executiva". Afirma que:

O que muitos não entendem é que a autonomia do processo executivo nada tem a ver com a natureza da sentença condenatória. Seja ou não a execução veiculada em um processo autônomo, a sentença que seja condenatória, em qualquer das alternativas, não perde essa natureza. Ela continua condenatória, faça ou não faça parte do procedimento cognitivo a execução, que a deve complementar. A execução, será sempre um "complemento" indispensável - porque "satisfativo" do direito - da sentença condenatória. Mas a autonomia da execução não interfere com a condenatoriedade da sentença. A Lei 11.232 teve como consequência não a eliminação das sentenças condenatórias (o que seria realmente uma conquista desejável), mas a eliminação do chamado "processo de conhecimento"; a eliminação de um processo "apenas de conhecimento", sem qualquer vestígio

---

<sup>1894</sup> Op. cit., p. 274-275.

<sup>1895</sup> Op. cit., p. 266-267. Para Rosa Maria e Nelson Nery Júnior, a reforma instituída pela Lei n. 11.232/05 modificou sobremodo a execução de título judicial, da forma como vinha regradada no Livro II do CPC (processo de execução), passando essa execução a ser processada na forma do Capítulo X do Título VIII, do Livro I do CPC (processo de conhecimento). Ressaltam que continuam existindo as características inatas da execução, tais como: possuir atividade jurisdicional; ter natureza jurídica de ação; a ação de execução (pretensão executória) ser exercitável por meio do processo de execução, não autônomo, mas como continuação da ação de conhecimento, em cúmulo objetivo superveniente de ações (ação de conhecimento, ação de liquidação de sentença e ação de execução), todas num mesmo e único processo. O objetivo da Reforma da Lei n. 11.232/04 foi desburocratizar, simplificar, informalizar a ação e o processo de execução, que continuam revestindo a atividade jurisdicional satisfativa - de entrega do bem da vida ao credor de obrigação de dar (pagar quantia em dinheiro), de fazer, de não fazer e de entrega de coisa, por meio da expropriação de bens do devedor (CPC 475, I *et seq.*) e da tutela específica (CPC 461, 461-A, 466-A, 466-B e 466-C) -, de sua natureza executiva. Ponderam que essa simplificação faz com que as ações de conhecimento, de liquidação de sentença e de execução sejam processadas em seqüência, sem solução de continuidade - a execução não se processa *ex intervallo*, mas sim *sine intervallo*, depois do trânsito em julgado da ação de conhecimento -, de modo que a citação realizada para a ação de conhecimento, formando a relação jurídica processual (processo), continue sendo válida e eficaz também para as ações subseqüentes (liquidação de sentença e execução), bastando haver nelas a simples intimação da parte, na pessoa de seu advogado, para que se possa liquidar e executar a sentença [...] Não foram extintos os processos de liquidação e de execução, que continuam existindo porque as pretensões de liquidação e de execução subsistem no mundo dos fatos, que a lei apenas reflete e regula. Modificou-se o procedimento desses dois processos que não têm mais autonomia e independência porque se seguem à sentença proferida na ação de conhecimento sem a instauração formal de nova relação jurídica. Op. cit., p. 639-640.

de execução. Isto não mais existe, depois da edição dessa lei. Na verdade, o "processo de conhecimento" já não existia, em sua pureza conceitual, desde a introdução, no sistema, das "antecipações de tutela", que são instrumentos de índole *interdital*, portanto alheios aos procedimentos da *actio* e de seu representante moderno, o procedimento ordinário. Mesmo assim, não nos parece impróprio dizer da sentença condenatória (a que sucede, agora, na mesma relação processual, a execução) que ela seja um provimento final. Será sem dúvida final, não como último ato do respectivo procedimento, mas como ato através do qual se finaliza a fase cognitiva do processo, dando-se, com ela, resposta jurisdicional à pretensão (processual) à condenação. Neste sentido, a sentença condenatória é, sim, ato final da fase cognitiva. Nada mais será objeto da controvérsia que essa sentença encerrara. Esta contingência obriga-nos a reservar ao processo de conhecimento apenas as ações e sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, transferindo para um outro processo que, à falta de designação mais apropriada e abrangente, continuamos a denominar de processo de execução.

Marinoni e Arenhart<sup>1896</sup> observam que a doutrina, por muito tempo, classificou as sentenças em declaratória, condenatória e constitutiva, em razão de motivos culturais e políticos. A classificação trínaria das sentenças tem nítida relação com um Estado marcado por uma acentuação dos valores da liberdade individual em relação aos poderes de intervenção estatal, revelando, ainda, nítida opção pela incoercibilidade das obrigações. Argumentam que as sentenças declaratória e condenatória refletem não só as doutrinas que inspiraram o art. 1.142 do Código de Napoleão, pelo qual toda obrigação de fazer e não fazer, em caso de inadimplemento, se resolve em perdas e danos; como também a ideologia que deu origem ao dogma de que a coercibilidade das obrigações constitui atentado contra a liberdade e a dignidade dos homens. Complementam que:

Se a sentença declaratória não é hábil para permitir a prevenção, e se a sentença condenatória tem um nítido escopo repressivo, não há possibilidade de se encontrar, dentro da classificação trínaria das sentenças, via adequada para a tutela dos direitos não patrimoniais, o que revela total incapacidade do processo civil clássico para lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea. Atualmente, os arts. 461 e 461-A do CPC, bem como o art. 84 do CDC, permitem ao juiz, na sentença ou na tutela

---

<sup>1896</sup> *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 408-410.

antecipatória, ordenar sob pena de multa. Tal sentença, evidentemente, não pode ser enquadrada na classificação trinar, e, portanto, recebe o nome de mandamental. A sentença mandamental, em outras palavras, atua sobre a vontade do vencido, compelindo-o ao seu cumprimento. A outra sentença, que gera, juntamente com as três sentenças clássicas e a sentença mandamental, a classificação quinária, é a sentença executiva. Essa sentença permite, independentemente da vontade do réu, e sem a propositura da ação de execução, a realização do direito.[...] As sentenças declaratória e constitutiva, ao contrário das sentenças condenatória, mandamental e executiva, bastam como sentenças (por si) para atender ao direito substancial afirmando, enquanto que as sentenças condenatória, mandamental e executiva exigem atos posteriores para que o direito material seja efetivamente realizado.

Para Rodrigues Wambier, Correia de Almeida e Talamini<sup>1897</sup>, quanto ao tipo de provimento jurisdicional desejado pelo autor, as ações se podem classificar em ações de conhecimento, ações de execução e ações cautelares. Já quanto à classificação das ações segundo a tutela requerida pelo autor no processo de conhecimento, observam que, nos últimos anos, no direito processual civil brasileiro, nota-se cada vez mais acentuadamente clara tendência doutrinária no sentido de se adotar classificação que comporte cinco espécies de conhecimento, considerando-se, além das três categorias indicadas pela classificação tradicional (declaratórias, constitutivas e condenatórias), também as mandamentais e as executivas *lato sensu*.

Entendem os referidos autores que as ações (e as sentenças) declaratórias, ou meramente declaratórias são aquelas em que o interesse do autor que vai a juízo se limita à obtenção da tutela jurisdicional mediante uma declaração judicial acerca da existência ou inexistência de determinada relação jurídica ou a respeito da autenticidade ou da falsidade de um documento (art. 4º do CPC). As ações condenatórias são aquelas em que o autor instaura processo de conhecimento visando, além da declaração (que é a eficácia da sentença), a uma condenação do réu ao cumprimento de obrigação ativa ou omissiva. Se seu

---

<sup>1897</sup> *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140-141.

pedido for julgado procedente, haverá sentença condenatória, que autorizará posterior execução. As ações constitutivas não contêm condenação, mas declaração acompanhada da constituição, modificação ou desconstituição de uma situação jurídica<sup>1898</sup>.

Quanto às ações mandamentais, Rodrigues Wambier, Correia de Almeida e Talamini<sup>1899</sup> entendem que elas têm por objetivo a obtenção de sentença em que o juiz emite uma ordem cujo descumprimento por quem a receba caracteriza desobediência à autoridade estatal passível de sanções, inclusive de caráter penal (o art. 330 do CP tipifica o crime de desobediência). Asseveram que o não cumprimento com exatidão do provimento mandamental sujeita o destinatário da ordem do juiz a multa de até 20% do valor da causa, que reverterá aos cofres públicos, sem prejuízo da imposição das demais sanções criminais, civis e processuais cabíveis (inc. V e par. ún. acrescidos ao art. 14 do CPC pela Lei 10.358, de 27-12-2001).

Já as ações executivas *lato sensu*, para os citados autores, são espécie de ação que contém um passo além daquilo que a parte obtém com uma ação condenatória. Nas executivas *lato sensu*, assim como nas ações condenatórias, há uma autorização para executar. No entanto, naquelas a produção de efeitos práticos, no mundo dos fatos, independe de posterior requerimento de execução. Isso é, a sentença de procedência dessa categoria de ação não apenas é executada no próprio processo em que proferida, como ainda sua execução independe de requerimento do interessado (o juiz age de ofício) e

---

<sup>1898</sup> Op. cit., p. 141-142.

<sup>1899</sup> Op. cit., p. 142.



não se vincula aos rígidos parâmetros procedimentais do processo de execução previstos no Livro II do CPC<sup>1900</sup>.

Rodrigues Wambier, Correia de Almeida e Talamini<sup>1901</sup> ressaltam que há dois tipos distintos de atividades jurisdicional: a cognitiva (ou de conhecimento) e a executória (ou executiva). A primeira é prevalentemente intelectual: o juiz investiga fatos ocorridos anteriormente e define qual a norma que está incidindo no caso concreto, ou seja, é uma atividade lógica, e não material. A segunda é prevalentemente material: busca-se um resultado prático, fisicamente concreto. Mesmo assim, reconhecem que nada impede que as atividades cognitiva e executiva sejam desenvolvidas em uma mesma relação processual. Esclarecem que:

É o que se dá no processo das chamadas ações executivas *lato sensu* (reintegração de posse, despejo, demarcação, divisão, prestação de contas etc.), em que a efetivação da sentença de procedência dispensa nova demanda do autor: sua execução tem vez no próprio processo em curso, independentemente até de pleito do interessado.[...] Também as sentenças mandamentais - vale dizer, as que veiculam ordem para o réu, a ser cumprida sob pena de crime de desobediência - são postas em prática no mesmo processo em que proferidas. [...] Atualmente, a generalidade das sentenças que determinam cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa revestem-se de eficácia executiva e mandamental, sendo executadas no próprio processo em que proferidas (arts. 461 e 461-A [...]) Além disso, com a Lei 11.232/2005 (em vigor a partir de 23-06-2006) também as sentenças condenatórias ao pagamento de quantia passam a ser executadas na mesma relação processual em que foram emitidas. Depois da fase cognitiva, que resulta na emissão da sentença, tem vez uma fase executiva (que segue, em linhas gerais os parâmetros típicos do processo executivo do Livro II do Código). Não haverá a propositura de uma nova e específica ação de execução de sentença. Conseqüentemente, não terá vez uma petição inicial executiva, bastando simples requerimento do exequente (art. 475-J, cf. Lei 11.232). Não haverá tampouco um novo processo: os atos executivos serão praticados dentro do

---

<sup>1900</sup> Op. cit., p. 142-143. Ou seja, nas ações executivas *lato sensu* (reintegração de posse, despejo, demarcação, divisão, prestação de contas etc.), as atividades cognitiva e executiva são desenvolvidas em uma mesma relação processual. A efetivação da sentença de procedência dispensa nova demanda do autor: sua execução tem vez no próprio processo em curso, independentemente até de pleito do interessado *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 8. ed. rev., atual. e ampl., coord. Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2, p. 40-41.

<sup>1901</sup> *Curso avançado de processo civil: processo de execução*, op. cit., v. 2, p. 39-42.

próprio processo em que se proferiu sentença e que fora precipuamente de natureza cognitiva até então. Em conseqüência, tampouco haverá citação do executado. Ele será apenas intimado dos atos de constringência executiva (art. 475-J, § 1º).[...] A partir da Lei 11.232, o processo autônomo de execução passa a destinar-se principalmente aos títulos executivos extrajudiciais[...] Há pontuais exceções: p. ex., a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública continua sendo objeto de processo autônomo[...] Mas a regra geral é a de que as sentenças que dependam de execução serão executadas no próprio processo em que proferidas".

Kazuo Watanabe<sup>1902</sup> ressalta que o binômio "cognição-execução" continua a ser utilizado pelos doutrinadores para explicar a natureza da atividade do juiz e a utilidade e o alcance dos provimentos diferenciados. Adverte que uma coisa é o binômio "cognição-execução" e outra a dicotomia "processo de cognição (ou de conhecimento) - processo de execução". As atividades de cognição e execução podem estar aglutinadas num mesmo processo, como ocorre na ação executiva *lato sensu* e na ação mandamental. Também na ação constitutiva o ato de atuação do direito se dá interiormente à sentença, sendo dispensável, a não ser para verbas acessórias, a execução *ex intervallo*. Afirma que:

Mas os processos de conhecimento e de execução não podem ser considerados em compartimentos estanques. Como ficou acima salientado, em vários processos de conhecimento (mandamental e executivo *lato sensu*, v. g.) os atos de atuação do direito declarado são realizados no mesmo processo em que se deu a cognição, havendo neles, portanto, a aglutinação do conhecimento e da execução. Na ação constitutiva, por exemplo, o ato de atuação é realizado interiormente à sentença. Sequer exige, portanto, ato de atuação posterior à sentença de conhecimento.[...] Essas ponderações permitem, em nosso sentir [...], as seguintes conclusões: a) relatividade da dicotomia processo de conhecimento - processo de execução; b) as espécies de execução forçada previstas no Livro II do Código de Processo Civil, baseadas na responsabilidade patrimonial do executado, não exaurem as formas de atuação do direito admitidas pelo nosso sistema processual, que admite conforme visto, a conjugação de provimentos executivos com vários tipos de provimentos de conhecimento.

---

<sup>1902</sup> Op. cit., p. 53-56.

Eduardo Talamini<sup>1903</sup>, ao diferenciar as sentenças mandamentais das executivas *lato sensu*, destaca que estas, a exemplo das condenatórias, não veiculam propriamente ordem para o réu. As sentenças condenatórias e executivas *lato sensu* ensejam "atuação executiva", ou seja, de efetivação de uma sanção independentemente da participação do sancionado. Acrescenta que:

quando ocorre "atividade executiva", na acepção tradicional, isso se dá independentemente de qualquer ordem ao devedor. Por razões óbvias, uma ordem para o devedor seria até irrelevante: pouco importa sua conduta. Mais ainda: nessa atividade executiva em sentido estrito, afirma-se a incidência de meios sub-rogatórios sobre o patrimônio do executado (e não sobre sua pessoa); é o princípio da realidade da execução". Bem por isso, Liebman dizia que o juiz, quando profere sentença de condenação, não está dando nenhuma ordem ao condenado. Já nas sentenças mandamentais o que se dá é totalmente o inverso. Elas não serão efetivadas através de medidas substitutivas da atuação do "condenado". Dirige-se a ordem para que ele cumpra a prestação ou abstenção que lhe foi imposta - sob pena de sofrer determinadas conseqüências desfavoráveis, a começar pela própria censura à desobediência. Então, não há execução, na acepção tradicional. Não são usados meios sub-rogatórios, mas a direta imposição de ordem acompanhada de meios coercitivos, meios de pressão psicológica - que incidem não só sobre o patrimônio como também, eventualmente, sobre a própria pessoa do devedor. Por isso, não são medidas que substituem a conduta do "condenado", mas determinam que ele mesmo adote o comportamento pretendido.

Ernane Fidélis dos Santos<sup>1904</sup> entende que a ação executiva *lato sensu* é a correspondente à sentença a que se adere o elemento da auto-executividade, como ocorre nos pedidos de reintegração de posse. Já a mandamental é ação que objetiva sentença ultrapassando a simples declaração, além do elemento declaratório, ainda que se ordene o cumprimento de alguma coisa. É o caso do mandado de segurança e do interdito proibitório.

---

<sup>1903</sup> Op. cit., p. 192-194.

<sup>1904</sup> *Manual de direito processual civil*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 56.

Para Teresa Alvim Wambier<sup>1905</sup> as sentenças executivas *lato sensu* contêm algo mais além da condenação. Há uma condenação, sim. Mas esta espécie de sentença, para que haja alteração no mundo empírico, no mundo real, na esfera dos fatos, não reclama a existência de posterior processo de execução. Ao contrário, ela, por si mesma, é apta a levar à efetiva satisfação do credor, prescindido-se do processo de execução propriamente dito. Seu principal efeito é ser exeqüível no próprio processo em que foi proferida. Quanto à sentença mandamental, diz que além de condenar, ordena, manda. O mandado correspondente à sentença de procedência no mandado de segurança, gera a necessidade de cumprimento específico da ordem do juiz, sob pena de configuração de crime (ou de desobediência ou de responsabilidade).

Wambier, Correia de Almeida e Talamini<sup>1906</sup> reforçam que as sentenças (ou outros provimentos) mandamentais contêm ordem para o réu, a ser atendida sob pena de ser-lhe imposta alguma medida coercitiva (multa, prisão civil) e, mesmo, de caracterizar-se crime de desobediência. A efetivação dessa ordem dar-se-á, em regra, no próprio processo em que foi proferida a sentença, independentemente de processo subsequente, e o juiz age de ofício, tão logo a sentença seja eficaz (exemplos: mandado de segurança, *habeas corpus*, interdito proibitório, ação de manutenção de posse etc.).

Quanto às decisões dotadas de eficácia executiva, os citados autores entendem que elas também são efetivadas no próprio processo em que proferidas, sem que se faça necessário processo autônomo de execução. Todavia, distinguem-se das mandamentais porque seu conteúdo principal não é uma ordem para o réu cumprir, mas a autorização para o órgão judicial executar (satisfazer o direito independentemente da vontade do devedor), dentro do

---

<sup>1905</sup> Op. cit., p. 99.

<sup>1906</sup> *Curso avançado de processo civil*, op. cit., v. 2, p. 266.

próprio processo em que proferidas (exemplos: ações de despejo, reintegração de posse, demarcação, divisão, prestação de contas). Também nesse caso, a atuação do juiz se dá de ofício. Acrescentam que:

O dado fundamental das sentenças executivas não reside tanto na circunstância de serem executadas no mesmo processo em que foram proferidas, mas na não-submissão dessa atuação executiva a um modelo rigidamente tipificado. Confere-se ao juiz significativa liberdade na escolha dos meios executivos que empregará - os quais, aliás, ele colocará em ação de ofício, independentemente de requerimento do autor, tão logo seja eficaz a sentença. É por isso que a sentença condenatória ao pagamento de quantia, mesmo quando passar a ser executada mediante "cumprimento da sentença", interno ao próprio processo em que foi proferida (Lei 11.232/2005, em vigor a partir de 23-6-2006), continuará sendo condenatória, e não executiva.[...] Nada impede que essas eficácias mandamental e executiva - e mesmo outras - possam decorrer de um mesmo provimento do juiz. É o que acontece na tutela das obrigações de fazer e não fazer do art. 461<sup>1907</sup>.

Do exposto, é de concluir-se que as ações de conhecimento<sup>1908</sup>, considerando a função do provimento jurisdicional solicitado, vinham sendo, tradicionalmente classificadas em ações meramente declaratórias, ações condenatórias e ações constitutivas.

As ações meramente declaratórias visam a eliminar a incerteza (ou declarar a certeza) da existência ou da inexistência de uma relação jurídica, bem como a declaração da autenticidade ou falsidade de documento. Seu fundamento legal encontra-se no art. 4º do CPC, segundo o qual o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica (inc. I); da autenticidade ou falsidade de documento (inc. II). Admite-se

---

<sup>1907</sup> Op. cit., p. 266-267.

<sup>1908</sup> Segundo Moacyr Amaral Santos se diz que o processo é de conhecimento porque, por meio dele, o órgão jurisdicional conhecerá, com segurança, não só a pretensão do autor, mas, também, a resistência oposta pelo réu. Trata-se de processo que conclui por uma decisão, uma sentença que, declarando quanto à relação jurídica entre as partes, atuará a lei à espécie. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. rev., atual. e ampl. por Ariclê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 176. Por sua vez, Ari Ferreira de Queiroz diz que de conhecimento é a ação que provoca o juiz para que decida uma questão controversa, uma lide, dizendo a quem pertence o direito. O juiz prolatará uma sentença definitiva de mérito, julgando procedente ou improcedente o pedido, ou mesmo procedente parcialmente. Também poderá proferir uma sentença extintiva, sem resolução de mérito. *Direito processual civil: processo de conhecimento*. 5. ed. Goiânia: IEPC, 1997, p. 71.

a ação declaratória mesmo que já tenha ocorrido a violação do direito (parágrafo único).

As ações condenatórias visam, além da declaração do direito do autor, impor ao réu uma sanção. Assim, o juiz ao declarar o direito do autor, estabelece a sanção cabível. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, permite-se ao autor buscar a satisfação efetiva da sua pretensão, por meio da execução respectiva.

Já as ações constitutivas buscam a criação, a modificação ou extinção de uma relação jurídica preexistente. Não têm por objetivo condenar o réu a cumprir uma obrigação ou a realizar uma prestação. Com o trânsito em julgado da sentença constitutiva, a modificação jurídica determinada opera-se por si própria, sem que haja necessidade de um processo de execução. Os atos complementares posteriores de documentação ou registro são considerados atos de mera documentação da sentença e, por isso, para que sejam efetivados, dispensam execução.

No Brasil, a doutrina atualizada identificou as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais.

Nas ações mandamentais busca-se que o juiz emita uma ordem impondo ao demandando um determinado comportamento. Seu cumprimento é garantido por medidas coercitivas, que podem conter sanções de variadas naturezas: criminais, civis e processuais cabíveis, além da multa prevista no art. 14, V, e par. ún. do CPC.

Nas ações executivas (*lato sensu*), busca-se não uma ordem que deva ser cumprida pelo réu, mas uma autorização para que o órgão jurisdicional lhe execute. Diferenciam-se das ações condenatórias, já que não comportam execução no sentido técnico e não ensejam o oferecimento de embargos. Operam-se mediante simples requerimento. Vêm sendo diferenciadas das ações constitutivas por buscarem uma prestação consistente em uma emissão de declaração de vontade, não versando sobre direito potestativo<sup>1909</sup>.

Especificamente quanto à sentença na ação de desapropriação, diz Pontes de Miranda<sup>1910</sup> que, feita a prestação do *quantum* indenizatório, o juiz expede o mandado de imissão de posse, e a sentença é título hábil para a transcrição no registro de imóveis. Paga a indenização, deve o juiz ordenar que se expeça o mandado de imissão. Adverte que tal sentença não se confunde com a sentença que fixa o *quantum*. A sentença final é constitutivo-mandamental: constitutiva, porque é ela que decreta a perda da propriedade e serve de título ao registro de imóveis; mandamental, porque manda expedir o mandado de imissão de posse. O elemento declarativo é interior, funciona como questão prévia de declaração de estarem satisfeitos os pressupostos da desapropriação.

Calmon de Passos<sup>1911</sup>, ao buscar definir a natureza do processo expropriatório e da sentença que nele se profere, fixando o valor da

---

<sup>1909</sup> Barbosa Moreira, ao tratar da sentença do art. 641 do CPC, diz que a peculiaridade de não comportar execução, no sentido técnico, e de criar, por si só, nova situação jurídica para as partes militaria a favor da qualificação da sentença como constitutiva - e na verdade muitos, sobretudo na Itália, assim a têm rotulado. Entretanto, não se cuida aí de direito potestativo - espécie com a qual se põe geralmente em correlação a classe das sentenças constitutivas -, mas de direito a uma prestação, consistente na emissão da declaração de vontade. Acrescenta que a denominação "executiva" quadra bem melhor a tal sentença do que a outras que ainda exigem, para a satisfação do vencedor, quando não cumpridas *sponte* própria pelo vencido, estas ou aquela forma de atuação do mecanismo judicial, diversa embora da execução nos moldes tradicionais. Op. cit., p. 139-140.

<sup>1910</sup> *Tratado das ações*, op. cit., t. 4, p. 482-483.

<sup>1911</sup> A transferência da propriedade para o domínio do expropriante no curso da ação de desapropriação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 31, p. 64-68.

indenização e determinando a imissão do expropriante no bem expropriado, ressalta:

Que se não cuida de processo de ação condenatória, é fácil demonstrar-se, porquanto nenhuma sanção é imposta ao réu por força de violação do direito do autor. Antes, se condenação houvesse, seria a da entidade expropriante, ao pagamento da justa indenização. O que inexistente, nem seria viável, dada a natureza do procedimento e à qualidade de autora da entidade pública. Se ação condenatória não é a ação de expropriação, muito menos será ela ação de execução, somente, possível quando se pressupõe uma anterior ação condenatória ou se a parte de um título extrajudicial a que a lei empresta eficácia executiva. Nem mesmo das denominadas ações executivas em sentido lato se pode cuidar, porque são elas ações condenatórias em que a sentença não somente condena mas prevê sobre sua própria execução. E se condenatória não pode ser, em nenhuma hipótese, a ação de desapropriação, executiva em sentido amplo ela por igual não poderá sê-lo jamais. Resta, por conseguinte, indagar-se da natureza declaratória ou constitutiva da ação expropriatória.[...]O Decreto-lei n. 3.365, de 1941, hoje disciplinando a desapropriação por utilidade pública, dispõe em termos diversos daqueles adotados pela lei paulista. Em seu artigo 10, é explícito, afirmando dever a desapropriação efetivar-se [...] mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto (que declarou a utilidade pública) e findos os quais este caducará. Conseqüentemente, a ação de expropriação é mais que simples ação declaratória de uma expropriação já efetivada. Ela é meio pelo qual se consuma a expropriação que amigavelmente não se pode ou não se quis efetiva. Estamos, pois, diante de uma irrecusável hipótese de ação constitutiva.[...] A sentença final proferida na ação expropriatória, fixando o valor da indenização e decretando a expropriação do bem (efetivando a desapropriação, nos termos do artigo 10 do Decreto-lei 3.365) é sentença constitutiva.

Antônio Carlos Costa e Silva<sup>1912</sup>, ao tentar fundamentar a cobrança de custas do expropriante, afirma que a ação de desapropriação tem caráter nitidamente condenatório. Entende que, se o poder público oferece um preço pela aquisição do domínio, e se o proprietário, na sua defesa, impugna aquela oferta, resulta que se o juiz aceitar a impugnação, fixando o *quantum* indenizatório em quantia maior do que a que foi oferecida, a sentença é condenatória, na medida em que coage a Administração a pagar preço superior

---

<sup>1912</sup> *Processo de desapropriação e procedimento da desapropriação consensual*, 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, p. 215. *Apud* Álvaro Alves de Queiroz, Honorários de advogado em desapropriação quando o autor não é a Fazenda Pública. *Revista de Processo*, v. 17, p.177.



ao ofertado. Entende que será também de condenação a decisão que, não aceitando a impugnação do réu, determinar que este receba a quantia que a Administração Pública lhe ofereceu pela alienação compulsória do bem. Defende que em ambas as hipóteses deu-se a solução à controvérsia em torno do valor do imóvel expropriado e uma das partes sucumbiu na lide, competindo-lhe, por conseguinte, suportar as custas do processo.

Álvaro Alves de Queiroz<sup>1913</sup> diz que a ação de desapropriação tem uma natureza mista: declaratória e constitutiva, já que ela declara o valor real do bem expropriado. E, em sendo o bem imóvel, a sentença é título hábil para inscrição no Registro de Imóveis, dando-lhe uma feição constitutiva. Argumenta que:

Detendo-nos no conteúdo da sentença que, nela, é prolatada, concluímos pela sua natureza declaratória. A ação de desapropriação não questiona sobre a oportunidade e a conveniência do ato administrativo, que fica no âmbito do discricionarismo do poder público. E um dos tópicos principais da sentença é a declaração do montante da indenização. Na verdade, a finalidade principal da ação expropriatória é a declaração da indenização. Assim, só se expropriante e expropriado desavierem no que respeita ao valor real do bem, ou se aquele não dispuser de dinheiro suficiente para pagar a indenização, o que ocorre com frequência, em muitas Prefeituras do interior, é que a ação é proposta, e o Judiciário é convocado para fixar o *quantum* a ser pago. Deste fato deflui a natureza declaratória da ação de desapropriação, cuja razão de ser é a declaração do preço a ser pago pelo expropriante. O caráter constitutivo desta ação decorre do fato de a sentença ser o título hábil para o expropriante incorporar ao seu patrimônio o bem expropriado. Se há acordo extrajudicial, tal título é a escritura pública. Se não há tal transação, é a sentença, incorporada à carta de sentença, ou à carta de adjudicação, que é o título válido. E impõe-se o necessário registro no Registro de Imóveis, para se concretizar a transferência legal do domínio, conforme determina a Lei de Registro Público. Não vislumbramos nenhuma conotação condenatória na sentença de uma ação de desapropriação. Não diz o expropriante que não paga o bem expropriado, nem tampouco, o desapropriado questiona a transferência do móvel, ou imóvel, para o patrimônio do desapropriante. A sentença condenatória porta, sempre, uma sanção. Ela determina que o réu faça, ou não

---

<sup>1913</sup> Honorários de advogado em desapropriação quando o autor não é a Fazenda Pública. Revista de Processo, v. 17, p. 178-179.

faça, alguma coisa. Dê ou não dê, alguma coisa ao autor. Além de declarar que o recalcitrante dê, o que recusa, ou faça, o que tergiversa, aplica uma sanção.

Antônio de Pádua Ferraz Nogueira<sup>1914</sup> defende que a sentença expropriatória é de eficácia prevalentemente declaratória e condenatória. Secundariamente, como reflexo de seus efeitos prevalentes, é que essa sentença virá a ter, na fase de execução, eficácia constitutiva, pois, enquanto não for efetuado o pagamento do preço ou a consignação, não será expedido o mandado de imissão na posse definitiva em favor do expropriado, nem a decisão estará valendo como título hábil para a transcrição no Registro de Imóveis (art. 20 do Dec.-lei 3.365/1941).

Telmo Candiota Rosa Filho<sup>1915</sup> afirma que a sentença desapropriatória tem uma eficácia mandamental, mas é fundamentalmente condicional. Diz que a sentença não tem sequer efeito constitutivo, tanto que o expropriante pode desistir do intento desapropriatório até o momento em que paga ou deposita o preço. O que constitui a propriedade do Estado é o pagamento ou o depósito.

Joaquim de Almeida Baptista<sup>1916</sup> observa que a regra de adaptação ressalva os créditos atingidos pelo artigo 33 do Ato das Disposições Transitórias, que concedeu privilégio às Fazendas Públicas, para solver os débitos em até oito anos. Por outro lado, que a maioria dos Municípios e muitos Estados, decorridos doze anos da proclamação da Constituição Federal, não liquidaram ainda os débitos atingidos pelo privilégio e muitos órgãos de administração direta ainda não fizeram nenhum pagamento. Desta forma, conclui que a sentença que fixa o valor da indenização carece de força

---

<sup>1914</sup> Problemática e implicações da revogação do ato expropriatório. *Revista dos Tribunais*, v. 566, p. 27-28.

<sup>1915</sup> *Apud* Maria Isabel Pereira da Costa, *in* Transferência do domínio do bem imóvel para o poder expropriante no processo judicial. *Ajuris*, v. 47, p. 147.

<sup>1916</sup> *Das servidões administrativas: comentários, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 333.

condenatória; ela tem evidente natureza declaratória: nela, o juiz explicita qual o valor da indenização que derrogará o direito a ser expropriado. Afirma que:

Merece destaque a circunstância de que a sentença não efetiva a desapropriação. Nela o juiz limita-se a dizer ao Estado-autor que se quiser consumir a desapropriação, pague ao expropriando determinado valor. Abre-se, então, em favor do Estado a faculdade de depositar o preço e consumir a desapropriação. Deixamos bem claro que a sentença não condena o Estado a efetuar desapropriação; ela simplesmente acerta o valor a ser entregue como indenização. Tanto isto é verdadeiro que, desaparecida a necessidade motivadora, pode o Estado desistir da pretensão indenizatória. Em verdade, ele fica impedido de consumir a desapropriação por haver desaparecido um de seus requisitos. A sentença que fixa o valor da desapropriação carece de força condenatória.

O objetivo do autor da ação de desapropriação é obter a propriedade do bem expropriando. Para tanto, faz-se necessário, se bem imóvel, proceder o cancelamento da transcrição do registro da propriedade junto ao Cartório Imobiliário, o que, por conseguinte, irá provocar uma modificação na situação jurídica referente à titularidade do bem.

Para que isso ocorra, primeiramente, o autor expropriante terá que efetuar o pagamento prévio da indenização, quantia estabelecida pelo juiz processante da ação que, ao proferir a sentença, declara o valor do bem expropriando, fixando seu *quantum* indenizatório. Com o pagamento ou depósito desse valor, 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 (art. 29, do Dec.-lei n. 3.365/1941), momento em que opera a realização, a efetivação da pretensão do autor.

Como se vê a sentença que julga a pretensão expropriatória apresenta uma multiplicidade de eficácias. Tem natureza declaratória quando declara e fixa o *quantum* indenizatório. Tem natureza preponderantemente

constitutiva ao servir para o autor expropriante de título hábil para promover o registro da transcrição da propriedade no Registro Imobiliário. Os atos referentes ao registro imobiliário e a expedição do mandado de imissão de posse decorrem da eficácia constitutiva da sentença.

Caso haja resistência do réu ao cumprimento do mandado de imissão de posse, basta ao autor, por meio de simples petição, comunicar tal fato ao juiz, que poderá tomar as medidas necessárias, visando seu cumprimento. É a eficácia executiva da sentença de desapropriação.

Por outro lado, pode ocorrer de o autor expropriante, durante o curso da ação, ter sido, provisoriamente, imitado na posse do imóvel, e, talvez por isso, venha a protelar na efetivação do depósito do *quantum* fixado na sentença, demonstrando total desinteresse no seu pagamento. Caso isso ocorra, a sentença expropriatória passará a ter, também, eficácia condenatória, já que servirá de título executivo, de molde a ensejar ao proprietário-expropriado, nos termos do art. 730 do CPC., ação de execução por quantia certa em face do Poder expropriante. Até porque, mesmo que o expropriado tenha interposto recurso de apelação contra a sentença que fixou o valor da indenização, ele será recebido somente no efeito devolutivo, conforme expressamente estabelece o art. 28, do Dec.-lei n. 3.365-1941.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que "I- No processo de desapropriação, a sentença que fixa o valor do ressarcimento é declaratória. Por isto, não se presta à execução"<sup>1917</sup>. Todavia, atualmente, tem prevalecido o entendimento de que: "Processo civil. Execução de sentença. Desapropriação. A sentença proferida em ação de desapropriação tem carga

---

<sup>1917</sup> STJ, 1ª T., REsp 99126/PR, v. u., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 3-11-1997, p. 56220.

condenatória no que se refere ao montante da indenização; conseqüentemente, sua execução, que diz respeito a quantia certa, segue o rito previsto no artigo 730 e seguintes do Código de Processo Civil. Recurso especial conhecido e provido"<sup>1918</sup>.

Para Ovídio Baptista da Silva<sup>1919</sup>, as antigas classificações dadas às ações, distinguindo-as em reais e pessoais, mobiliárias e imobiliárias, têm pouca importância para a ciência processual moderna. O Código de Processo Civil a elas se refere, no entanto, quando trata da competência (arts. 94 e 95), ou da capacidade processual das partes (art. 10).

Há na doutrina quem classifique a ação de desapropriação como de caráter real<sup>1920</sup>. A jurisprudência é farta no sentido de que: "A natureza jurídica da ação de desapropriação é de direito real, porque fundada sobre o direito de propriedade"<sup>1921</sup>. "A ação de desapropriação é uma ação especial, personalíssima e de cunho real que se instaura entre o poder público expropriante e o proprietário do bem expropriado, cuja celeridade é objetivo

---

<sup>1918</sup> Consta do voto do Min. Adhemar Maciel que: "Como se vê, a fase judicial da desapropriação direta segue um rito especial (previsto no Decreto-lei n. 3.365/41), cuja natureza é executória. Não há, por conseqüência, no bojo do processo expropriatório, uma execução por quantia certa comum (ou seja, nos moldes do *caput* do art. 730 do CPC). Há, na verdade, um ato processual pelo qual o juiz da desapropriação determina a expedição de ofício requisitório ao presidente do tribunal, a fim de que seja paga a indenização. Tal ato não pode ser confundido com a instauração de um processo de execução comum. Trata-se, na verdade, da manifestação da carga executiva que está inserta no processo expropriatório. Por conseqüência, não há que se falar em citação da Fazenda Pública para opor embargos à execução no prazo de 10 dias, já que a Fazenda Pública já integra a relação jurídico-processual da desapropriação. De outro lado, não há que se invocar a necessidade de ajuizamento da ação incidental de embargos à execução, já que, a rigor, não há um processo de execução comum, mas, sim, um processo expropriatório há muito em curso". Todavia, prevaleceu o voto do Min. Ari Pargendler, no sentido de que: "Salvo melhor juízo, na ação de desapropriação, a sentença, na parte em que fixa o montante da indenização, é condenatória e, por se tratar de quantia certa, a execução segue o rito do artigo 730 do Código de Processo Civil". STJ, 2ª T., REsp 127702/SP, m. v., rel. p. o ac. Min. Ari Pargendler, DJ 9-8-1999, p. 157.

<sup>1919</sup> Op. cit., p. 253-254.

<sup>1920</sup> Nesse sentido Walter A. Villegas, *Régimen jurídico de la expropiación*. Buenos Aires, 1973, cap. 4, p. 56-59. *Apud* Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Do mandado de segurança nas desapropriações, *Revista de Direito Administrativo*, v. 121, p. 481.

<sup>1921</sup> STJ, 2ª T., REsp 404093/PR, v. u., rel. Min. Eliana Calmon, DJ 21-6-2004, p. 191. No mesmo sentido decisão proferida pelo STJ, 2ª T., REsp 337805/PR, v. u., rel. Min. Eliana Calmon, DJ 9-12-2002, p. 320.

expresso pelo legislador constitucional"<sup>1922</sup>; "A ação na qual se discute o direito de propriedade, como é o caso da desapropriação para fins de reforma agrária, tem incontestemente natureza real"<sup>1923</sup>.

#### **4.6 - Desistência da ação**

Mesmo após iniciado todo esse complexo processo, pode ocorrer de o expropriante concluir que a desapropriação do bem não mais é oportuna ou conveniente ao interesse público. Se assim ocorrer, vem-se entendendo que o discricionarismo administrativo permitirá a desistência da expropriação. Isso porque, conforme explica Massani Uyeda<sup>1924</sup>, já que sendo uma manifestação do discricionarismo administrativo, a desistência expropriatória é válida e legítima, pois, valorando os critérios de inconveniência e do inoportunismo da persistência expropriatória, o administrador público ao desistir de seu propósito está, também, agindo na salvaguarda do interesse público.

É necessário salientar que a ocorrência da inoportunidade ou da inconveniência da desapropriação pode acontecer tanto na fase administrativa quanto na judicial. A prevalência do interesse público sobre o interesse privado é uma característica do ato expropriatório. Conseqüentemente, se não houver mais interesse público, será facultado à Administração desistir da

---

<sup>1922</sup> TRF-4ª Reg., 3ª T., AI 199904010559135/PR, rel. Dra. Marga Inge Barth Tessler, DJU 2-2-2000, p. 102.

<sup>1923</sup> TRF-3ª Reg., 1ª Seção, CC 2713, proc. 9703087075-9/MS, v. u., rel. Arice Amaral, DJ 31-8-1999, p. 274.

<sup>1924</sup> Op. cit., p. 636.

desapropriação, evitando-se o seu desvio de finalidade<sup>1925</sup>. Por conseguinte, ela será permitida tanto na fase administrativa como na fase judicial.

Na fase administrativa a formulação do pedido de desistência é decorrente do exercício do poder discricionário da Administração Pública, devendo, mesmo assim, obedecer a alguns critérios de admissibilidade.

Quando a ação de desapropriação já tiver sido ajuizada, o seu autor, unilateralmente, em qualquer fase do processo judicial, também pode dela desistir.

Antônio de Pádua Ferraz Nogueira<sup>1926</sup> observa que, em princípio, a desistência da ação expropriatória não se condiciona à revogação do decreto expropriatório. Mas, se ele for revogado, o procedimento judicial perde o seu objeto, ensejando a extinção da ação por desistência unilateral. Em todo caso de desistência, caberá ao expropriante arcar com os honorários de sucumbência e com o pagamento das despesas processuais.

Condição necessária para a validade da desistência da desapropriação consiste na exigência de que o bem expropriado não tenha sofrido alterações. A jurisprudência respalda esse entendimento, já tendo decidido que: "Administrativo. Desapropriação. Desistência. *Restitutio in integrum*. 1. Tendo havido alterações substanciais no imóvel objeto da ação de desapropriação, é inadmissível que o Poder Público expropriante dela desista,

---

<sup>1925</sup> Cf. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, in *Questões Controvertidas de Processo Civil e de Direito Material*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 420. *Apud Desapropriação e Urbanismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.15.

<sup>1926</sup> Problemática e implicações da revogação do ato expropriatório. *Revista dos Tribunais*, v. 566, p. 23.

ante a impossibilidade de que o bem seja restituído ao expropriado no estado em que se encontrava antes da intervenção"<sup>1927</sup>.

Mário Roberto Velloso<sup>1928</sup> registra que a quase totalidade dos julgados exige para a desistência a restituição do bem no mesmo estado em que ele se encontrava antes da imissão, ou seja, o particular deve receber o bem exatamente como estava no último dia de sua posse. Acrescenta que:

Se a desistência repõe as partes ao *statu quo ante*, nada mais natural que o particular receber o que perdeu. Se perdeu a posse de um terreno sem construções, é isso que retornará à sua esfera de direitos. Se uma casa, deve retornar nas mesmas condições, não só considerando a área construída, mas também seu estado de conservação, ressalvada a deterioração natural do bem, não advinda de negligência em sua manutenção regular. Ainda que o bem devolvido pelo expropriante seja de maior valor que o inicialmente tomado, o expropriado não pode ser compelido a aceitá-lo de volta. Não se coaduna com a essência do direito de propriedade o fato de o proprietário ser privado de seu bem, para depois tê-lo de volta com reformas e adaptações por ele não queridas nem realizadas.

Observa, por outro lado, Ferraz Nogueira<sup>1929</sup> que, já tendo ocorrido imissão provisória na posse, a desistência da ação, por manifestação unilateral do expropriante, certamente acarretará prejuízo ao expropriado. Por isso defende que, observada a via ordinária, terá o expropriado direito a postular os lucros cessantes decorrentes da privação temporária do direito de propriedade, pela não utilização da coisa e os danos emergentes que venham ser devidamente comprovados.

Deve ser ressalvado que, se a expropriação já se tiver consumado, a desistência unilateral da ação por parte do expropriante não é mais possível. Para alguns, a desapropriação se consuma com o trânsito em julgado

---

<sup>1927</sup> STJ, 2ª T., REsp. 129.440, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 21.03.2005, p. 299; RSTJ, vol. 193, p. 246.

<sup>1928</sup> Op. cit., p. 126.

<sup>1929</sup> Idem, p. 29.



da sentença; para outros, em se tratando de imóveis, só com o cancelamento da transcrição da propriedade no Registro de Imóveis, e inscrição da nova titularidade no Registro Imobiliário; se móveis, com a tradição dos bens, quando, então, não mais poderia ser pleiteada a desistência da ação, já que finda a ação.

Moraes Salles<sup>1930</sup> registra tendência da jurisprudência em entender ser possível a desistência do feito expropriatório até o pagamento do preço ao expropriado, já que com esse pagamento o bem desapropriado se incorpora ao patrimônio do expropriante. Também, na sua opinião, paga a indenização pelo expropriante, não mais será possível a desistência da ação. Anota jurisprudência no sentido de ser necessária a revogação do decreto declaratório de utilidade pública ou interesse social, para que se possa formular pedido de desistência do feito expropriatório<sup>1931</sup>, porque, se não houver ocorrido essa revogação, só com o consentimento do réu seria viável a desistência<sup>1932</sup>.

Maria Isabel Pereira da Costa<sup>1933</sup>, analisando as várias correntes doutrinárias, diz que, para alguns, o momento consumativo da transferência da propriedade ocorre pelo ato declaratório da utilidade pública; outra corrente atribui ao trânsito em julgado da sentença do art. 29 do Dec.-Lei n. 3.365/1941 a transferência do domínio. Outros afirmam que o ato dotado da eficácia de transferir o domínio é o pagamento da indenização. Há, ainda, os que entendem que a expedição do mandado de imissão de posse, também mencionado no art. 29, é o ato translativo do domínio do bem para o Poder Público. E, finalmente, existem os que atribuem ao registro da sentença no Cartório de Registro de Imóveis, a transferência do domínio.

---

<sup>1930</sup> Op. cit., p. 683-684 e 687.

<sup>1931</sup> RJTJESP, v. 88, p. 83.

<sup>1932</sup> RT, v. 585, p. 80

<sup>1933</sup> A transferência do domínio do bem imóvel para o poder expropriante no processo judicial. Ajuris, v. 47, p.

A autora referida registra que doutrinadores como Antão de Moraes, San Tiago Dantas, Carvalho dos Santos, Eurico Sodré, Francisco Morato, F. Witakes e Seabra Fagundes entendem que a eficácia translativa do domínio é o pagamento da indenização. Telmo Candiota Rosa Filho diz que o pagamento constitui o domínio e a sentença formaliza o ato, para o efeito da transcrição. Já Cretella Júnior, Serpa Lopes e J. J. Calmon de Passos entendem que a eficácia real só ocorre no momento do registro<sup>1934</sup>.

Para Maria Isabel Pereira da Costa<sup>1935</sup> a teoria mais favorecida é a teoria do registro. Argumenta que:

O art. 29, por sua vez, completa os requisitos para a transferência do domínio, dizendo que a sentença é título hábil para a transcrição, aliando, assim, esta aos demais requisitos que, todos presentes, transferem o domínio. Desse modo, preferimos filiar-nos a essa corrente, porém com cuidado de deixarmos a mente aberta para discuti-la e reelaborá-la, cada vez que nos seja argumentado com prós ou contras relacionados a ela, bem como as demais doutrinas, tendo em vista a delicadeza do tema. Adotando-se essa teoria, concluímos que o momento da transferência do domínio do bem imóvel para o poder expropriante, mesmo quando se efetiva por via judicial, ocorre fora do processo, com a transcrição. Se adotarmos a teoria dominante, o momento da transferência do domínio ocorre dentro do processo, isto é, quando a indenização é paga.

Reforça Calmon de Passos<sup>1936</sup> que, mesmo reconhecida a eficácia constitutiva da sentença que efetiva a desapropriação, isso não significa atribuir-lhe, pura e simplesmente, o condão de transferir a propriedade do bem expropriado para o patrimônio da entidade expropriante. Só com a transcrição da sentença no Registro de Imóveis é que se opera a transferência da propriedade do bem em favor do expropriante.

---

<sup>1934</sup> Op. cit., p. 151.

<sup>1935</sup> Op. cit., p. 157.

<sup>1936</sup> Op. cit., p. 76.

Assim, pode-se concluir que a homologação da desistência ficará na dependência de devolução do mesmo bem objeto da desapropriação, de reembolso de custas e despesas periciais e pagamento dos honorários advocatícios. Além disso, a desistência deverá ser requerida antes da consumação da desapropriação, ou seja, antes que se promova a transcrição da sentença expropriatória no Registro Imobiliário. O expropriante deverá responsabilizar-se por qualquer dano que houver causado ao expropriado.

A desistência, por outro lado, poderá ser total ou parcial e opera-se para revogação ou modificação do ato expropriatório. Com a revogação a desistência será total, já com a modificação ela será parcial.

O Decreto-lei n. 3.365/41 não tem disposição expressa regulamentando a desistência formulada pelo expropriante. Entretanto, como o art. 42 desse Decreto-lei prevê que, no caso de omissão, é de se aplicar o Código de Processo Civil, a doutrina e a jurisprudência vêm solucionando as controvérsias surgidas em relação à desistência da desapropriação e às conseqüências de sua homologação.

## CONCLUSÃO

A ação de desapropriação por utilidade pública é regulada pelo Dec.-lei n. 3.365/1941, intitulado Lei das desapropriações, expedido sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, o que contribuiu para a ocorrência de inúmeras das peculiaridades nele previstas. Mesmo após decorridos tantos anos do seu advento, vários dos seus dispositivos ainda geram dúvidas, polêmicas e inconformismo. Dúvidas não restam da necessidade de que seja elaborada uma nova legislação para melhor regulá-la. No âmbito do nosso estudo, procuramos identificar essas questões interessantes e tormentosas e sobre elas nos posicionar.

1- Entende-se por bens tudo aquilo que possa interessar ao homem e que possa constituir objeto de regulamentação jurídica, podendo ser material ou imaterial. Coisa é o objeto material ou corpóreo, espécie do gênero bens.

2- A propriedade, direito real por excelência, pode ter como objeto bens corpóreos ou incorpóreos, devendo ser distinguidos o direito autoral de personalidade (ou moral) - elo irrenunciável, não-transmissível, fora de comércio, existente entre o autor e a sua produção -, dos direitos autorais patrimoniais, que são passíveis de comercialização.

2.1- O regime jurídico aplicável à propriedade dos bens corpóreos não é o mesmo aplicável aos bens incorpóreos, devendo ser considerado seus conteúdos e características próprias. O regime jurídico de propriedade instituído no Livro III, Título III, do Código Civil, aplica-se aos primeiros (regulamentação da propriedade dos bens corpóreos); ao passo que a propriedade dos bens incorpóreos é regulada por outros dispositivos, previstos em leis especiais, que estavelecem regulamento jurídico próprios.

2.2- Em sendo os instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico para a defesa do direito de propriedade dos bens incorpóreos insuficientes, ou, ainda, quando inexistir tutela adequada à sua defesa, no tocante ao seu aspecto patrimonial, devem ser aplicados de forma subsidiária ou até mesmo supletiva as normas previstas no CPC, quer as relativas ao processo de conhecimento, quer as atinentes ao procedimento especial, mormente nos casos de ser necessária uma tutela preventiva ou de urgência.

2.3.- No tocante à desapropriação por utilidade pública, havendo necessidade, utilidade pública ou interesse social, ela poderá incidir sobre bens incorpóreos, não se limitando à propriedade de coisas tangíveis.

3- A propriedade é um direito complexo, assegurado a todos pela Constituição Federal, como garantia fundamental, apresentando um elemento interno, representado pelos poderes ou faculdades que o seu titular exerce sobre o bem (usar, gozar e dispor), e um elemento externo, consistente no poder de excluí-lo da ingerência de qualquer terceiro.

4- A função social da propriedade é princípio de ordem pública, informador de toda e qualquer propriedade e garantidor do seu exercício.

5- A função social da propriedade é elemento que compõe o seu conceito, o que levou à alteração dos próprios caracteres do direito de propriedade, e acabou por exigir alterações no seu modo de uso e gozo.

6- A desapropriação é o exercício de um direito do Estado, mas é, também, um dever que a ele se impõe de prover ao bem público.

7- A desapropriação é o instrumento de que se vale o Estado como meio de solucionar e harmonizar uma situação antagônica entre o interesse público e o interesse do proprietário.

7.1- No caso de a necessidade ou o interesse público reclamarem a utilização de um determinado bem, colidindo, portanto, com o interesse do proprietário em se manter como seu titular, prevalecerá o interesse público.

7.2- Buscando evitar que essa transferência acarrete maiores prejuízos ao proprietário, o ordenamento jurídico elegeu o processo expropriatório como o meio idôneo para lograr a satisfação dos interesses públicos sem prejuízo do direito do proprietário.

7.3- Em regra, as normas que tratam do processo expropriatório identificam as hipóteses de necessidade-utilidade pública e estabelecem a indenização prévia como requisito essencial à desapropriação.

8- A desapropriação, como ato de soberania, consiste em um poder do Estado, cuja vontade se impõe, de forma coativa, em face do titular da propriedade.

9 A desapropriação consiste numa atividade estatal, que deverá ser praticada sempre que a necessidade, a utilidade pública, ou o interesse social o exigir.

10- A desapropriação consiste em um direito-garantia do proprietário, que só poderá ser privado de seu bem, nas hipóteses que o exigir o interesse público e mediante o pagamento de indenização, na forma prevista em lei.

11- Na desapropriação é de ser garantido, de forma ampla (aspecto substancial e material), o direito ao devido processo legal.

12- A desapropriação configura-se como cláusula pétrea, não sendo passível de supressão sequer por emenda à Constituição (art. 60, § 4º, CF).

13- A desapropriação consiste no processo a ser adotado pelo Poder Público, previsto em lei, para obter a transferência compulsória da propriedade.

14- A desapropriação é instituto regulado por normas de direito público. Foi prevista na Constituição Federal, no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXIV), em que se delinearão seus fundamentos básicos: obedecer ao procedimento previsto em lei; decorrer de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social; pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro, salvo os casos ali previstos. A desapropriação pertence, pois, ao direito constitucional, uma vez que foi por ele instituída, assegurada e limitada.

14.1- A desapropriação integra também o direito administrativo e o direito processual civil, que regulam o procedimento necessário à sua efetivação. Reflete-se no direito civil, na medida em que a desapropriação é um modo de extinção da propriedade.

14.2- A desapropriação é assunto que exige estudos em quatro disciplinas jurídicas: Direito Constitucional; Administrativo; Processual Civil e Civil.

15- A expressão utilidade pública é de alcance mais amplo do que a expressão necessidade pública, que pode ser considerada espécie do gênero utilidade pública, já que as hipóteses de necessidade pública podem ser incluídas nas de utilidade pública.

16- A Constituição Federal de 1988, ao dispor que a lei estabeleceria o procedimento da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, adotando essa dicotomia, o fez tanto por razões históricas, como para deixar claro (para que não restassem dúvidas) que a expropriação se faz possível não apenas nos casos de necessidade pública, quando o bem se apresenta indispensável, mas, também, nos casos em que sua utilização seja proveitosa, vantajosa, conveniente ou satisfatória ao atendimento do interesse público.

16.1- A expressão necessidade, se empregada significando urgência, poderia servir para identificar, diferenciar ou destacar, nas ações de desapropriações judiciais, os casos nos quais se fizesse necessária a imissão provisória do bem, dos casos em que essa necessidade não existisse, evidenciando-se aos serventuários e ao próprio juiz, inclusive, conter a petição inicial pedido de tutela de urgência. Serviria para ser destacada a necessidade de se conferir à ação caráter preferencial, tanto na sua distribuição como no seu processamento, nessa fase inicial.

17- A possibilidade de, nos casos de urgência e mediante depósito da quantia arbitrada, o juiz imitar o expropriante provisoriamente na posse dos bens, independentemente da citação do réu (art. 15, Dec.-lei n. 3.365/1941), consiste



espécie de tutela antecipada parcial, já que o que se pretende é a fruição antecipada dos bens.

17.1- Os requisitos para a concessão da tutela antecipada consistem na demonstração de urgência e no depósito do *quantum* arbitrado pelo juiz processante.

17.2- O expropriante só deveria ser imitado na posse do bem desapropriado depois de pagar ou consignar em juízo o pagamento do preço fixado, pelo juiz processante após a realização da perícia prévia.

17.3.- Para a concessão da imissão antecipada na posse do bem, a Lei expropriatória deveria exigir, além da demonstração da urgência, que se procedesse a uma perícia prévia para se apurar o efetivo prejuízo do expropriado pela perda da fruição do bem.

17.4- Os critérios previstos nas alíneas "a" a "d" do § 1º do art. 15 do Decreto-lei n. 3.365/1941 e arts. 3º e 4º do Decreto-lei 1.075/1970 nem sempre asseguram o ressarcimento do prejuízo efetivo suportado pelo expropriando. Essa perícia prévia se realizaria sempre que houvesse pedido de imissão na posse do bem expropriando, qualquer que fosse a sua natureza, sendo ou não necessária a citação do expropriado.

17.5.- O valor arbitrado pelo juiz a título de depósito prévio, com o intuito de compensar a imissão provisória no bem expropriando, deveria equivaler ao valor econômico correspondente à perda da fruição do bem, ou seja, deveria corresponder ao valor da posse do bem que está sendo retirada do proprietário de forma antecipada, ou seja, antes do pagamento da indenização que a

Constituição Federal diz ter de ser, além de justa, prévia. Na prática, corresponderia a um valor muito próximo ao valor real do bem expropriando, mas, como seria sempre inferior ao valor total da propriedade, a Lei expropriatória deveria permitir o levantamento da totalidade da quantia depositada, ainda quando houvesse contestação.

17.6- O *quantum* depositado, mesmo não sendo definitivo, tem relevância para o expropriado, tendo em vista que lhe é permitido levantar a quantia depositada a título de depósito prévio. Há um interesse relevante em que seu valor corresponda, o máximo possível, ao valor efetivo do prejuízo advindo com o desapossamento do bem.

18- A indenização constitui, também, elemento integrante da desapropriação. Na desapropriação por utilidade pública ela deverá ser justa, prévia e em dinheiro, conforme garante o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

19- Decorre da adoção do princípio da unicidade ou da sub-rogação pelo Decreto-lei n. 3.365/1941 que quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado ficam sub-rogados no preço.

19.1- Por força da sub-rogação, no tocante ao direito à indenização, opera-se a substituição da natureza do direito real sobre bem de terceiro, pelo direito de receber o valor dele decorrente do preço da indenização total devida pelo órgão expropriante.

19.2- O princípio acolhido da sub-rogação no preço de quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado não ampara todos os direitos atingidos pela desapropriação.

19.3- O princípio da sub-rogação não se aplica aos direitos obrigacionais, já que tais direitos não recaem sobre o bem, e a sub-rogação só tem lugar em favor dos direitos que sobre ele incidem.

19.4- Apesar do silêncio da lei expropriatória a respeito desses direitos obrigacionais e ante a impossibilidade de que eles sejam indenizados simultaneamente com o direito do proprietário, dado o sistema de indenização única adotado, não se exclui o direito dos seus titulares à reparação devida.

20- A desapropriação, em regra, extingue o direito de superfície, cabendo a indenização ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um (art. 1.376 CC). Nada foi disposto quanto aos elementos que devem ser considerados para a apuração desse valor.

20.1- Tanto o proprietário, como o superficiário, têm direito a uma indenização justa, cabendo a cada um perceber o correspondente ao impacto sofrido pela expropriação. Fazem jus a uma recomposição plena, na proporção imposta a seus direitos.

20.2- Inviabilizado totalmente o exercício do direito de superfície, em face da desapropriação, caberá também ao superficiário, além da indenização pelas construções ou plantações, o direito de ter computado no seu preço os juros compensatórios e moratórios e a correção monetária, quando devidos, da mesma forma que o titular da propriedade, sub-rogando-se no preço pago pelo expropriante.

20.3- A adoção do princípio da unicidade não impede ou inviabiliza a apuração do valor devido a cada um deles - proprietário e superficiário -, no próprio processo expropriatório, quando da realização da perícia judicial.

20.4- Mesmo que o valor da indenização seja expresso em soma global, os valores correspondentes ao direito real de superfície e ao direito do titular da propriedade deveriam ser identificados e destacados no laudo pericial. Para o poder expropriante, isso em nada alteraria sua situação, já que o depósito que deverá proceder é do preço total, não lhe restando, em regra, qualquer interesse quanto à sua posterior divisão. Para o proprietário e superficiário traria a segurança da certeza do preço referente a seus direitos sobre o valor total depositado. Somente se justificaria a sua apuração por meio de ação direta, se surgisse, no caso concreto, questão de alta indagação.

20.5- Em sendo desapropriado o prédio serviente, a extinção da servidão deverá ocorrer, em regra, no mesmo momento em que for extinto o direito de propriedade, ou seja, com o pagamento da indenização.

20.6- Caso seja deferido pedido liminar de imissão provisória na posse e se mostre a servidão incompatível com o exercício da posse direta do bem por parte do poder expropriante, a servidão deverá ser extinta. Caso seja desapropriado o prédio dominante, e não seja mais necessária a manutenção da servidão, ela será extinta no momento em que o poder expropriante for imitado na posse do imóvel, quer provisoriamente, por força de liminar, quer definitivamente, após o pagamento do preço. Em ambas as hipóteses, para a extinção da servidão, não se faz necessário o cancelamento do registro imobiliário.

20.7- A lei expropriatória se omitiu em regular as várias implicações que decorrem da desapropriação da servidão, cabendo ao juiz a tarefa de, caso a caso, decidir se ela deverá ser extinta ou não, se será devida ou não indenização e, em sendo, quais os critérios que deverão ser considerados para se estabelecer seu preço.

20.8- Quando a desapropriação tiver por objeto o prédio dominante, em regra a servidão não se extinguirá, dado ser ela inerente ao prédio a que pertence. O valor da servidão deve ser apurado e computado no preço total da indenização.

20.9- Caso não seja possível o exercício da servidão pelo Poder Público, sem que isso onere por demais o imóvel serviente, de forma a romper-se o equilíbrio existente na época em que ela foi assumida, a servidão deverá ser extinta. O Poder Público, tendo interesse, pode ajustar com o proprietário do prédio serviente novos termos para a servidão. Não sendo possível seu exercício nos moldes originais, ou não havendo interesse por parte do poder expropriante na sua manutenção, cabe ao titular do prédio dominante o ressarcimento pelas despesas indispensáveis ao exercício da própria servidão. Esses gastos deveriam ser incluídos na indenização a ser paga pelo poder expropriante.

20.10- Quando a desapropriação tiver por objeto o prédio serviente, em regra a servidão será extinta, já que o Poder Público não pode ser compelido a suportar o comportamento do particular que prejudique o interesse público, e, também, porque a desapropriação é forma de aquisição originária, sendo a propriedade e a posse dos prédios adjudicados ao poder expropriante entregues livres de ônus ou encargos.

20.11- A extinção da servidão para o prédio dominante significa a cessação de certos poderes de gozo sobre o prédio serviente, o que, em tese, pode gerar prejuízos ao titular do prédio dominante. Esses prejuízos decorrentes da desapropriação, desde que comprovados, deverão ser ressarcidos. Todavia, na atual sistemática, ao que parece, esses valores deverão ser pleiteados e apurados em ação direta.

20.12- Nem sempre a extinção da servidão em decorrência da desapropriação do prédio serviente irá gerar prejuízos ao prédio dominante. Não ocorrendo prejuízo, não há indenização.

20.13- A extinção da servidão para o prédio serviente não gera qualquer prejuízo, já que, em princípio, é sua existência que traz a ele uma certa desvalorização ou limitação. Não ocorrendo prejuízo, não há de se falar em indenizar o titular do prédio serviente pela extinção da servidão.

21- Ocorrendo desapropriação de bem sobre o qual se tenha constituído uso, aplica-se a regra contida no art. 31 do Decreto-lei n. 3.365/1941, persistindo, entretanto, as dúvidas ante a omissão legislativa.

22- Deve ser aplicada à habitação a mesma solução apresentada em relação ao usufruto, ou seja, a aplicação do preço da indenização na aquisição de bem semelhante ao expropriado, nele sendo sub-rogados os direitos do habitador. Sugestão essa *de lege ferenda*.

23- Estando o compromisso devidamente registrado, o promitente comprador tem direito a se sub-rogar no preço da indenização.

23.1- Com o pagamento inteiramente efetuado do preço ajustado no compromisso, caberá ao promitente comprador a indenização expropriatória, já que será ele quem suportará o gravame decorrente da perda do bem.

23.2- O promitente comprador tem direito ao preço pago pelo órgão expropriante a título de indenização do bem, objeto do compromisso e que foi expropriado, sendo irrelevante se o preço por ele pago ao promitente vendedor foi maior ou menor do que aquele.

23.3- O promitente vendedor, na hipótese de ser intentada a desapropriação e dela decorrendo algum pagamento quando ainda não tiver sido integralmente quitado o preço ajustado no compromisso, não pode levantar a quantia ofertada, já que ele só tem direito à adjudicação compulsória após o pagamento do valor total do preço combinado. Não sendo proprietário, não tem direito a proceder a tal levantamento. Até a efetivação do pagamento integral do preço, a quantia deverá ser mantida depositada, em conta judicial, corrigida monetariamente.

23.4- O Poder expropriante é terceiro em relação ao negócio acordado entre promitente-vendedor e promitente comprador, que, de regra, só terá ciência da existência da promessa de compra em virtude do registro imobiliário. Em regra, o promitente-vendedor, que não procedeu ao registro imobiliário do compromisso não poderá levantar o *quantum* indenizatório.

23.5- Quando, no caso concreto, comprovar o promitente-vendedor a existência, validade e cumprimento (quitação) do compromisso de compra e venda, em não havendo legítima oposição do expropriante e do expropriado (promitente vendedor), pode o juiz, não obstante a previsão legal, autorizar o promitente-

vendedor a proceder a tal levantamento, ainda que o compromisso não tenha sido registrado no Cartório Imobiliário competente.

24- Havendo penhor ou hipoteca sobre o bem expropriado, o crédito garantido fica sub-rogado no valor da indenização, podendo tal crédito absorver a indenização totalmente ou parcialmente, conforme seu valor.

24.1- Deve ser oportunizado ao devedor expropriado, se requerido, oferecer outro bem, que, de forma satisfatória, garanta a dívida, caso em que não ocorrerá seu vencimento antecipado. Não sendo oferecido outro bem, mesmo que os bens remanescentes sejam suficientes para garantir o crédito, a dívida vencerá, ainda que em parte. Nesse caso, deve-se abater do valor da dívida garantida o preço correspondente à indenização do bem expropriado; o restante do débito será garantido pelos bens remanescentes, não podendo ser impingido ao credor aceitar a redução da garantia inicialmente a ele oferecida pelo devedor.

24.2- Quando a desapropriação incidir sobre bem dado em garantia anticrética, dar-se-á o vencimento antecipado da dívida, aplicando-se o art. 1.425, V, CC. Não se aplica o direito de retenção concedido ao credor anticrético pelo art. 1.423, CC, já que o Poder Público não está a ele sujeito.

24.3- Caso inexistir credor preferencial, o credor anticrético terá direito a sub-rogar o valor do seu crédito sobre o preço da indenização. Havendo credor preferencial, procedendo-se à sub-rogação e não consumindo o referido crédito inteiramente o preço depositado, o credor anticrético terá direito à sub-rogação prevista no art. 31 do Decreto-lei n. 3.365/1941. Havendo credor preferencial, cujo direito, sub-rogando-se no valor da indenização, absorva o preço depositado, estará afastada a sub-rogação do ônus anticrético, já que o credor



anticrético não tem a mesma preferência deferida aos credores hipotecário e pignoratício.

25- Mesmo se adotando o princípio da sub-rogação, deveria a perícia judicial, ao fixar o valor global da indenização, discriminar, não só o valor devido ao proprietário, mas também os valores referentes aos titulares de direitos reais, já deixando certo o valor que teriam direito de sub-rogar no preço total.

26- O juiz, ao estabelecer o *quantum* indenizatório, mesmo fixando seu valor global, deveria levar em consideração também os direitos reais de terceiros incidentes sobre o bem expropriado, garantindo, assim, de forma mais efetiva, uma justa indenização.

27- Também na ação de desapropriação por utilidade pública, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, não obstante a sua particular importância, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, devendo, contudo, justificar as razões do seu convencimento.

28- A lei, quando indica ao julgador certos elementos a considerar na formação do seu juízo, não deixa de ter em mira, como princípio básico, que a indenização corresponda ao valor real do desfalque imposto ao proprietário. O seu intuito é orientar a elaboração da sentença no sentido de um arbitramento justo, e nada mais. Desde que o juiz constate que um dos elementos apontados à sua consideração está em conflito com a realidade do caso, conduzindo a uma injusta fixação do preço, terá de desprezá-lo.

28.1- Existem elementos que foram indicados no art. 27 do Dec.-lei n. 3.365/1941 que, ainda que considerados, nem sempre propiciariam a apuração do preço da justa indenização.

28.2- Não obstante os critérios previstos no art. 27 do Decreto-lei n. 3.365/1941, tanto o perito, na apuração, como o juiz, na fixação do valor indenizatório, poderão utilizar-se de outros elementos além dos constantes na lei. Contudo melhor seria que se expedisse um novo comando normativo, no qual fossem adotados critérios que efetivamente contribuíssem para a apuração do valor real do bem expropriado; elementos esses que, quando aplicados, resultassem na apuração desse valor real, o que evitaria, inclusive, as inúmeras controvérsias que decorrem da aplicação do texto vigente.

29- É de se entender cabível a indenização pelo fundo de empresa nas ações de desapropriação, desde que seja comprovada sua existência, quer seja o próprio expropriado que exerça atividades mercantis, quer seja o locatário. O expropriado deverá ser ressarcido na própria ação de desapropriação, devendo seu valor ser apurado pela perícia. O locatário deverá utilizar-se de ação direta, visando a tal ressarcimento, dele fazendo jus, ainda quando o contrato de locação mantido com o expropriado não atenda aos requisitos dispostos no art. 51 da Lei n. 8.245, de 18-10-1991.

30- A lei expropriatória brasileira estaria mais condizente com a idéia da justa indenização, se não permitisse que a mais-valia decorrente da valorização geral da expropriação fosse considerada na fixação do preço da indenização.

31- Nem sempre os juros compensatórios terão o condão de reparar, precisamente, as implicações decorrentes da interdição e uso da propriedade.

Eles podem não corresponder ao valor total do lucro cessante efetivamente suportado pelo expropriado. Os juros compensatórios não devem equivaler ou corresponder ao lucro cessante.

31.1- O pagamento de juros compensatórios deveria se dar quando ocorresse de o Poder expropriante ser imitado na posse do bem, antes do pagamento da justa indenização. Seriam devidos a título de retribuição ou compensação pelo uso e gozo de bem alheio pelo expropriante, antes do pagamento da indenização justa e prévia, conforme exigido pela Constituição Federal. A vantagem obtida com a imissão provisória na posse deve ser compensada mediante o pagamento dos juros compensatórios, que devem ser fixados por meio de percentual previamente definido em lei, decorrendo tão-somente da fruição do bem pelo expropriante antes do pagamento da indenização justa fixada pelo juiz na sentença da ação expropriatória.

31.2- O juros compensatórios deveriam ser devidos ainda que, iniciada a desapropriação, o proprietário não estivesse usando ou explorando o bem.

31.3- Quando a imissão provisória impedisse o proprietário de continuar auferindo os frutos que normalmente eram produzidos pelo bem, ocorrendo a cessação do lucro obtido com seu uso ou exploração, esse prejuízo, desde que provado e apurado seu *quantum*, deveria ser ressarcido. Tal prejuízo corresponderia ao lucro cessante, cujo valor passaria também a integrar o preço da justa indenização.

31.4- No caso de lucros cessantes, são necessárias a comprovação de sua ocorrência e a apuração do seu *quantum*, para que possam ser ressarcido.

31.5- Os juros compensatórios, na desapropriação, somente são devidos quando o valor da condenação é superior ao valor da oferta.

31.6- São perfeitamente cumuláveis os juros compensatórios com os juros moratórios, já que possuem natureza e destinação diversas.

31.7- A vedação do cálculo de juros compostos nas desapropriações, prevista no art. 15-A do Dec.-lei n. 3.365/1941, só atinge aqueles juros que possuem a mesma natureza.

31.8- Mesmo não tendo sido requerida ou deferida imissão provisória no bem, pode acontecer de a desapropriação, por si só, esvaziar o conteúdo econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem. Nesse caso, o proprietário também deve ser indenizado do lucro cessante por ele suportado.

31.9- Quando o proprietário, de pronto, conseguir demonstrar os gastos advindos com o desmonte e transporte do maquinário em funcionamento, e for requerida imissão provisória na posse do bem, o juiz deverá incluir esses gastos no valor do depósito prévio. Quando o proprietário não conseguir, de plano, demonstrá-los, poderá, durante a instrução da ação expropriatória, comprovar a despesa suportada, que deverá ser computada no preço da indenização fixada na sentença, na parcela referente aos acessórios.

32- A Lei expropriatória deveria regulamentar a indenização devida em relação às construções. Diante da omissão legislativa, quando autorizadas pelo Poder Público expropriante, devem ser indenizadas. Não havendo interesse do expropriante na construção, não fica o proprietário impedido de edificá-la,

todavia não será indenizado, aplicando-se, por analogia, a solução dada às benfeitorias úteis pelo art. 26 do Dec.-lei n. 3.365/1941.

33- A Lei da ação de desapropriação por utilidade pública deveria estabelecer, da mesma forma como foi previsto na Lei de ação civil pública (Lei n. 7.347/1985), art. 18, que não haveria adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação do expropriado em custas e despesas processuais, mesmo quando o preço da indenização fixado na sentença fosse igual ou inferior ao oferecido pelo expropriante, salvo comprovada má-fé.

34- A correção monetária, nas ações de desapropriação por utilidade pública deve ser computada a partir da data em que foi realizada a avaliação do bem, não mais vigorando o disposto no § 2º do art. 26 da Lei expropriatória, que estabelece a sua incidência apenas após o decurso do prazo de um ano da avaliação. O seu termo final deve corresponder à data do efetivo pagamento da indenização fixada como justa ao expropriado.

35- Se o valor da execução ultrapassar o valor fixado em lei como sendo de pequeno valor, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, e é facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, na forma prevista no § 3º do art. 100 (parágrafo único, art. 87, ADCT).

36- Por ter a Constituição Federal estabelecido que a indenização na desapropriação por utilidade pública é prévia, ela deveria, no mínimo, ter previsto que o pagamento dessa indenização fosse incluído na ordem especial de precatórios, da qual já fazem parte os créditos alimentares.

37- O levantamento do depósito prévio, mesmo que se trate de expropriação de imóvel residencial urbano ou não, atendidas as exigências previstas no art. 34 do Dec.-lei n. 3.365/1941, poderá ser feito de imediato pelo expropriado, nos limites legais previstos, independentemente de precatório, mediante simples alvará judicial.

38- Quando se tratar de mera homologação de conta de liquidação suplementar, decorrente de atualização de cálculos, o precatório deve ser expedido, sem necessidade de provocação por parte do beneficiário.

39- Quando for arbitrado um preço a título de indenização prévia, a fim de possibilitar a imissão provisória na posse do bem por parte do expropriante, nos termos do art. 15 e §§ do Dec.-lei n. 3.365/1941, e, posteriormente, na sentença for fixado um valor superior ao preço depositado, essa diferença será paga por meio de precatório. É necessário que se promova a execução nos termos do art. 730 do CPC, não podendo o juiz, antes de observado esse procedimento, determinar o pagamento da condenação judicial mediante simples ofício ou intimação.

40- Poderia a Lei de desapropriação por utilidade pública no Brasil, visando facilitar a execução da sentença desapropriatória, estabelecer entre a entidade política que expediu o decreto expropriatório e autora da ação uma responsabilidade de natureza solidária pelo pagamento da indenização fixada.

41- Por ter a Constituição Federal estabelecido no inc. XXIV do art. 5º que a desapropriação está subordinada à "prévia e justa indenização", ela não pode consumir-se antes do pagamento da indenização, ou seja, a transferência da propriedade do bem expropriado ao Poder Público não poderá efetivar-se antes

que a indenização fixada tenha sido paga ou, pelo menos, colocada à disposição do juízo expropriatório.

42- Os casos que ensejam a desapropriação por necessidade e utilidade pública são aqueles expressamente previstos nas alíneas "a" a "o" do art. 5º do Dec.-lei n. 3.365/1941, assim também qualquer outra hipótese de utilidade pública, ainda que não constante do rol da Lei expropriatória, desde que prevista em lei federal (autorização contida na alínea "p"), já que é da União a competência privativa para legislar sobre desapropriação (art. 22, II, CF).

43- Há total omissão legislativa quanto aos critérios para, em caso de utilidade pública, desapropriarem-se bens pertencentes às nações estrangeiras situados em território nacional. A lei expropriatória deveria tratar da regulamentação da questão.

44.- Ocorrendo a desapropriação, se o autor tiver registrado a obra ou o programa de computador, extingue-se o registro. A patente que garante a propriedade ao autor de invenção ou de modelo de utilidade, com a desapropriação, também se extingue.

45- Aquele que detém a posse, já lhe tendo, inclusive, sido reconhecido, por sentença, o usucapião, tem direito, na ação de desapropriação, a ser indenizado.

46- A desapropriação pode incidir sobre bens inalienáveis.

46.1- Caso a desapropriação incida sobre bem onerado com cláusula de inalienabilidade, deveria a lei expressamente determinar que a indenização expropriatória fosse utilizada na aquisição de outro bem, com características

semelhantes ao expropriado, sobre o qual passaria a incidir a restrição nos moldes da anterior. Isso porque, em regra, o dinheiro depositado em estabelecimento bancário dará retorno inferior à exploração comercial ou empresarial do bem (móvel ou imóvel) e dificilmente conseguirá acompanhar a sua valorização no mercado.

47- Na hipótese de a desapropriação atingir bem penhorado, a garantia do credor deve ser substituída ou sub-rogada no valor pago a título de indenização expropriatória. É que, na execução forçada, o bem do inadimplente penhorado será alienado em hasta pública, pagando-se o credor com o produto apurado. Quando esse valor for superior ao crédito exequendo, a sub-rogação se limitará ao *quantum* suficiente para sua garantia; ocorrendo de o preço indenizatório ser insuficiente para garantir o crédito, é de se permitir a ampliação da penhora a outros bens.

48- O tombamento não implica indenização ao proprietário, a não ser nos casos em que as condições impostas para a conservação do bem lhe acarretem despesas extraordinárias, ou gerem a interdição do seu uso ou prejudiquem sua normal utilização, suprimindo ou depreciando seu valor econômico, quando, então, será devida uma indenização ao proprietário.

49- Todos os bens públicos, quer sejam eles de uso comum, de uso especial ou dominicais, podem ser expropriados. A categoria do bem e a sua função atual devem ser comparadas com a função que o bem passará a desempenhar se desapropriado, com qual necessidade/utilidade pública ou interesse social ele passará a atender; se o último interesse público, previsto com a declaração de utilidade pública, prevalecer, deverá ser permitida a expropriação, qualquer que seja a categoria do bem público.



50- O titular do bem público é a pessoa jurídica de direito público interno, na forma estabelecida no art. 98 do Código Civil, por isso, qualquer que seja a categoria do bem público desapropriado (de uso comum do povo, de uso especial e os dominicais), deverá ser ele objeto de indenização.

51- Deveria a Lei adotar, como critério a definir a desapropriação de bens de uma entidade política por outra, o da prevalência do interesse público preponderante, ou seja, daquele apto a gerar maior benefício social, considerando-se, inclusive, se o número de pessoas que iriam beneficiar-se com a nova utilidade a ser imprimida ao bem seria maior ou menor. Por certo, tal opção estimularia um melhor e mais racional aproveitamento dos bens públicos. Em respeito ao equilíbrio federativo, não deveria ser considerada qualquer relação de hierarquia política e administrativa entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

51.1- Por esse critério, também, se resolveria a questão da desapropriação de um bem por dois Estados da Federação ou por dois Municípios, na hipótese de o bem, apesar de pertencer a uma entidade política, situar-se no território de outra. Prevaleceria, sempre, o interesse público que fosse capaz de proporcionar maior benefício social e coletivo.

52- O domínio útil de bem público pode ser desapropriado. Caso o titular do domínio direto outorgue o domínio útil a um particular, ainda que o expropriante seja uma entidade política menor do que o titular do domínio direto, desde que a utilidade pública por ele almejada com a expropriação seja de maior abrangência do que a utilização imprimida pelo particular, o expropriante poderá desapropriar o domínio útil do bem, já que a lei não veda a expropriação das acessões e benfeitorias construídas pelo particular em terreno do domínio

público, ainda que com aquiescência deste. O expropriante receberá os bens e direitos expropriados nas mesmas condições em que os possuía o particular.

53- Quando a desapropriação incidir sobre bens pertencentes às entidades que integram a administração direta (autarquia e fundação pública), deve ser aplicado o mesmo tratamento dado às entidades federativas, sendo, inclusive, necessária a autorização legislativa mencionada no § 2º do art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941.

54- Caso a desapropriação incida sobre bens integrantes do patrimônio de pessoas administrativas com personalidade jurídica de direito privado, deve-se perquirir se o bem está sendo destinado ao oferecimento de utilidade pública. Se o for, é de se aplicar a regra prevista no § 2º do art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941. Não o sendo, o bem será considerado privado, para efeitos de desapropriação. Deveria a lei estabelecer a aplicação do critério da supremacia do interesse de maior abrangência ou do que proporcionasse maior benefício coletivo.

55- Somente deve ser aplicado o § 3º do art. 2º do Dec.-lei n. 3.365/1941 quando se buscar desapropriar ações, cotas ou direitos representativos do capital de instituições e empresas que dependam de autorização do Governo Federal para funcionar e que estejam subordinadas à sua fiscalização, quando, então, para a desapropriação desses bens, será necessária prévia autorização do Presidente da República, por meio de decreto.

56- Caso o objeto expropriatório seja um bem imóvel ou pertença à entidade que foi constituída e possa funcionar sem autorização do Governado Federal, não se fará necessária a autorização prévia ali prevista.

57- Quanto à possibilidade de as pessoas administrativas dotadas de personalidade jurídica de direito público (autarquias e as fundações públicas) promoverem a desapropriação de bens públicos, deve ser dado o mesmo tratamento jurídico dado às desapropriações de bens públicos promovidas diretamente pelas entidades federativas às desapropriações promovidas pelas autarquias ou fundações de direito público que a elas estejam ligadas.

58- Em relação às pessoas administrativas com personalidade jurídica de direito privado, não é de se lhes estender o mesmo tratamento aplicável às entidades federativas, simplesmente porque as pessoas administrativas de direito privado não possuem a competência para promover desapropriação, mas tão-somente para propor a correspondente ação judicial, conforme previsão do art. 3º do Decreto-lei n. 3.365/1941.

59- Relativamente à desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo, ela só se fará necessária, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo, conforme preceitua o § 1º do art. 2º do Decreto-lei 3.365/1941. Tal regra decorre da extensão do conceito de propriedade, que alcança até uma altura e profundidade que possam ser de utilidade para o proprietário.

60- A desapropriação, apesar de, em regra, só atingir o bem indispensável à execução da obra pública exigida, poderá abranger área contígua, necessária ao desenvolvimento da obra ou que venha a ser supervalorizada em decorrência das obras realizadas.

61- Quando a obra imprimida no bem desapropriado for capaz de acarretar uma valorização extraordinária em áreas contíguas, o Poder Público deve valer-se da

contribuição de melhoria prevista no inc. III do art. 145 da Constituição Federal, tributo que pode ser instituído em decorrência da edificação de obras públicas. O instituto da desapropriação não pode ser aplicado fora das hipóteses constitucionalmente autorizadas (inc. XXIV, art. 5º, CF). O art. 4º do Dec.-lei n. 3.365/1941, na parte em que permite a revenda da área que se valorizou extraordinariamente em consequência de obra pública imprimida, não foi recepcionada pela atual Constituição Federal.

62- Quando o Poder Legislativo emitir a declaração de utilidade pública, o Poder Executivo não poderá deixar de promover a execução da desapropriação, sob pena de tornar-se inócua a autorização prevista no art. 8º do Dec.-lei n. 3.365/1941.

63- A declaração de utilidade pública não implica em limitação ou restrição ao direito de propriedade, conservando o proprietário o direito de usar, gozar e dispor do imóvel. Em regra, a expedição da declaração, por si só, não irá gerar prejuízos. Pode ocorrer que, em certas situações especiais, venha o proprietário a suportar prejuízos em decorrência tão só de sua expedição. Desde que comprovados, esses prejuízos devem ser ressarcidos pelo Poder declarante.

64- Quando o administrador declara a utilidade pública do bem, ele está vinculado às hipóteses legais, ou seja, ele terá de fundamentar seu ato em um daqueles casos permissivos previstos em lei federal. Sua atividade está, pois, vinculada à lei, não podendo estabelecer ou criar hipóteses de utilidade pública.

65- O simples ajuizamento da ação expropriatória faz com que o prazo de caducidade previsto no art. 10 do Dec.-lei n. 3.365/1941, deixe de fluir.

66- Havendo provocação, compete ao Poder Judiciário avaliar se todos os elementos que compõem o ato e seus pressupostos estão em conformidade com a prescrição legal. Questões relativas tanto à competência do agente; à forma adotada para a prática do ato; quanto ao motivo que serviu de fundamento para a sua expedição e à finalidade do ato expropriatório podem ser objeto de controle judicial.

67- Na declaração por utilidade pública em que o motivo apontado pela Administração Pública for a ocorrência de uma calamidade pública, e a finalidade a ser imprimida ao bem expropriando for sua utilização na promoção do socorro da população, por exemplo, o Poder Judiciário não pode ser privado da averiguação da ocorrência ou não da calamidade. Também, caso o bem expropriado não seja utilizado para o fim declarado, cabe ao Judiciário, nos termos da lei, impor as sanções cabíveis.

68- Matéria relativa ao processo administrativo da ação de desapropriação por utilidade pública é da competência do legislador federal. Apesar da omissão legislativa, no processo administrativo da desapropriação, especialmente, destaca-se que deve ser garantido ao proprietário o princípio do duplo grau de jurisdição, e o princípio da motivação das decisões administrativas.

69.- Pelo princípio constitucional do direito de ação, todo e qualquer expediente destinado a dificultar que a parte exerça a sua defesa no processo civil atenta contra o princípio de ação.

69.1- A vedação e a limitação contidas no Dec.-lei n. 3.365/1941, arts. 9º e 20, chocam-se com o "espírito cidadão" da Constituição Federal de 1988, comprometendo o exercício do direito de ação. Por outro lado, possibilitar o

regular exercício de defesa ao réu não atrasaria a prestação jurisdicional solicitada pelo órgão expropriante, e não comprometeria o interesse público.

69.2- Deveria ser permitido ao expropriando, ao responder a ação de desapropriação, atacar a legalidade do decreto expropriatório, já que, em não sendo caso de necessidade ou utilidade pública ou interesse social, faltarão à desapropriação um de seus elementos integrantes; faltarão a causa que a justifica, em que ela se fundamenta.

69.3- Se houver urgência na consecução do bem expropriado, a Administração Pública poderá requerer a imissão provisória na posse dos bens expropriados, conforme previsto no art. 15 do Dec.-lei n. 3.365/1941. Além disso, estar-se-ia prestigiando o princípio da economia processual.

69.4- O Dec.-lei n. 3.365/1941 não regulou ou estabeleceu qualquer previsão sobre os honorários de sucumbência quando o preço fixado na sentença a título de indenização for igual ou inferior ao valor oferecido pelo expropriante. Deve ser aplicada a regra geral prevista nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC. Deveria o legislador estabelecer que os honorários advocatícios de sucumbência só seriam devidos pelo expropriado em caso de comprovada litigância de má fé.

70- Só haverá direito à retrocessão quando a finalidade imprimida ao bem expropriado não atender ao interesse público. Caso o bem expropriado seja utilizado para outra finalidade que não a constante no ato declaratório, mas, ainda assim, atender ao interesse público, não há de se falar em direito à retrocessão.

70.1.- Quando o bem expropriado para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para o qual se desapropriou, ou não for utilizado em obras ou serviços públicos, garante-se ao expropriado o direito de preferência.

70.2- Caso o bem não seja oferecido ao expropriado, ele poderá pleitear lhe seja permitido exercer esse seu direito de preferência, sob pena de negativa de vigência ao já mencionado art. 519 do CC.

70.3- Não foi fixado pelo legislador um prazo para que o bem expropriado seja utilizado. Tal omissão prejudica o ex-proprietário no exercício do seu direito de preferência, já que, em caso de inércia por parte da Administração Pública em utilizar o bem, ele não saberá, ao certo, quanto tempo deverá aguardar para poder exercitar tal direito, ou quando é que iniciará o prazo para que possa reclamar a sua observância.

70.4- Caso o expropriado demonstre que o bem expropriado, por qualquer que seja o motivo, não será afetado ao interesse público, ou que ele foi utilizado sem atender qualquer finalidade pública, poderá pleitear seja respeitado seu direito de preferência (ainda que ele se resolva em perdas e danos).

70.5- Quando não for o ex-proprietário notificado para exercer seu direito de preempção, é de aplicar-se o disposto no art. 205 do Código Civil, devendo o direito de preferência ser pleiteado no prazo de dez anos, contado da violação do direito, ou seja, da data da ocorrência do desvio de finalidade, já que, nos termos do art. 189 do CC, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, que se extingue pela prescrição.

70.6.- Tem prevalecido o entendimento no sentido de que não pode se permitir a cessão a terceiros ou a sua transmissão aos herdeiros do direito de preferência.

70.7.- Em se tratando de desapropriação intentada em desrespeito ao permissivo constitucional, deveria, de forma excepcional, ser permitido também aos cessionários ou herdeiros do expropriado, que, nas mesmas condições, exercessem o direito de preferência.

80- Exigindo a necessidade ou o interesse público a utilização de um determinado bem, e não havendo composição com o seu proprietário sobre o seu valor, deve o expropriante, para obter a transferência compulsória da sua propriedade, valer-se do exercício do direito de ação.

81- O Dec.-lei n. 3.365/1941 possibilita a adequada tutela ao direito do autor-expropriante, já que lhe foi permitido influir sobre o convencimento do juízo, podendo formular as alegações de fato e de direito que entender pertinentes e produzir as provas necessárias para demonstrar o acerto do valor indenizatório ofertado.

82- O direito constitucional de ação, também, significa poder defender-se das pretensões que lhe foram deduzidas em juízo.

82.1- Mesmo reconhecendo que não raro os procedimentos especiais sofrem limitações ou condicionamentos quanto ao direito de defesa, em relação à resposta do réu na demanda expropriatória, esse direito foi dificultado e limitado de forma excessiva, o que acaba por comprometer a efetividade e eficácia da tutela jurisdicional ali prestada.



82.2- No processo de desapropriação, não é permitido ao réu contestar o fato constitutivo ou negar o efeito jurídico que lhe foi imputado pelo autor. Ao contestar, o réu não tem como reagir à pretensão expropriatória, mesmo não tendo ocorrido qualquer das causas constitucionais justificadoras da sua utilização. Tal situação acaba por privilegiar o expropriante infundado em afronta e em detrimento ao que foi permitido e previsto pela Constituição Federal.

81.3.- Verifica-se que no processo expropriatório os direitos de ação e de defesa não estão em equilíbrio.

81.4- As restrições impostas pelo Dec-lei n. 3.365/1941 não se coadunam com o direito substancial afirmado pela Constituição, nem se justificam. Havendo urgência, e mediante prévio depósito, foi possibilitada a imissão provisória na posse do bem expropriando, independente da citação do réu.

81.5.- Tais restrições resultam em "prejuízo definitivo" ao expropriando, na medida em que os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não mais poderão ser objeto de reivindicação e, mesmo que seja reconhecida a nulidade do processo de desapropriação, tudo se resolverá em perdas e danos (art. 35, Dec.-lei n. 3.365/1941). Para o expropriado, a tutela jurisdicional, ainda que concedida, não mais será tempestiva, nem eficaz ou efetiva.

81.6- As limitações impostas ao direito de defesa acabam por ofender a regra da igualdade, princípio norteador da isonomia, que serve de diretriz na interpretação de todos os direitos e garantias fundamentais arrolados na Constituição da República brasileira.

81.7- O procedimento adotado para a efetivação do pagamento da prévia indenização compromete a efetividade do comando constitucional, art. 5º, inc. XXIV.

81.8- O direito fundamental de defesa não se coaduna com esses instrumentos processuais encontrados no Dec.-lei n. 3.365/1941, já que eles podem causar gravames desnecessários ao réu.

81.9- Faz-se necessário que o legislador federal proceda a uma reformulação profunda de várias das técnicas processuais ali adotadas.

82- É hora de a douta doutrina brasileira estruturar uma teoria para a ação que melhor se coadune com sua natureza de direito fundamental; que possibilite, efetivamente, a não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito; que promova, no âmbito processual, a atualização, adequação e revitalização do exercício desse direito, visando a melhor atender sua finalidade de, aplicando a lei, resolver os conflitos e fornecer a tutela jurisdicional adequada.

83- Diante da lei processual civil vigente, o autor da ação de desapropriação, para obter um provimento de mérito, deverá preencher as condições genéricas da ação, sob pena de, não sendo possível a emenda da inicial, ser ela indeferida, considerando-se o autor carecedor de ação, e extinguindo-se o processo sem resolução de mérito.

83.1- Como o ordenamento jurídico vigente prevê e permite a possibilidade de, havendo resistência do expropriado, ser ajuizada a competente ação de

desapropriação, o pedido nela veiculado é, pois, juridicamente possível, nos termos previstos na Constituição Federal e no Dec.-lei n. 3.365/1941.

83.2- Quanto à legitimidade passiva *ad causam*, em regra, ela pertence ao titular do direito material que busca o autor obter em juízo, ou seja, o legitimado passivo é o titular do bem que se pretende desapropriar. A legitimação para a causa não ficou restrita às entidades políticas. O art. 3º do Decreto-lei n. 3.365/1941 permitiu aos concessionários de serviços públicos e aos estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público a iniciativa de promover a ação de desapropriação, desde que haja autorização expressa, constante da lei ou no contrato. Trata-se de legitimação concorrente e disjuntiva com os entes políticos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), tanto que o texto legal diz que aqueles "poderão" promover desapropriação.

83.4- Ressalta-se que o direito de declarar o bem como de necessidade ou utilidade pública pertence, com exclusividade, aos entes políticos; constitui função do Estado, decorrendo da manifestação da sua soberania.

83.5- Somente após a declaração de utilidade pública por parte do ente político, é que os concessionários de serviços públicos, estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas poderão promover a ação de desapropriação. Verifica-se que não são eles os titulares do direito material. Ao proporem a ação de desapropriação, fazem-no na qualidade de substitutos processuais, espécie de legitimação extraordinária.

83.6- Havendo resistência do titular da propriedade, haverá necessidade de ir a juízo para sua consecução. Há utilidade na obtenção da tutela jurisdicional, já

que o bem cuja propriedade se busca irá atender ao interesse público. Ainda assim, mesmo que se tenha proposto a ação correta, o procedimento a ser utilizado, também, deve ser correto, sob pena de a inadequação procedimental acarretar a inexistência do interesse processual.

84.- A pretensão, a lide, o bem da vida pretendido pelo autor da desapropriação é a propriedade do bem expropriando. Para obter o bem, em não havendo acordo a respeito de seu valor com o proprietário, buscará obter a declaração de que o valor oferecido a título de indenização é justo. Por isso o "objeto litigioso" sobre o qual o juiz deverá decidir *principaliter* é o valor da indenização.

85- A Constituição Federal estabelece as condições necessárias para que a desapropriação possa ocorrer. Destaca-se, entre elas, ser indispensável a ocorrência de uma das hipóteses previstas em lei como sendo de necessidade ou utilidade pública. Tal questão é daquelas denominadas prejudiciais ao exame do pedido de mérito

85.1- Deveria não só ser permitida a discussão de questão tão relevante na própria ação de desapropriação, de forma a coibir, de imediato, eventuais abusos e desvios na aplicação do instituto, mas, diante da previsão do art. 5º do CPC, deveria ser permitido às partes requerer ao juiz que, por sentença, declarasse a existência ou inexistência de necessidade ou utilidade pública, no caso concreto.

85.2- A utilização da ação declaratória incidental, surgindo questão da qual dependa o julgamento da lide, serviria não só para o expropriando quando pretendesse tornar certa a inexistência de caso de utilidade pública, mas também para o autor, na resolução com força de coisa julgada de questões relativas ao seu interesse.

86- O pedido imediato na ação de desapropriação é uma providência jurisdicional de natureza declaratório-constitutiva: o autor visa ao reconhecimento (declaração) de ser justo o valor oferecido a título de indenização expropriatória; e também que, após efetivado o depósito ou o seu pagamento, venha a ser cancelada, junto ao Registro de Imóveis, a transcrição em nome do expropriado, visando obter o registro da sua titularidade como proprietário do bem expropriado, promovendo-se a modificação de uma situação jurídica então existente. Já o pedido mediato é o bem da vida pretendido pelo autor, isto é, o bem expropriando.

87.- A causa de pedir próxima (imediata), na ação de desapropriação por utilidade pública, a violação do direito que se pretende proteger, ou seja, os fundamentos de fato que motivaram deduzir sua pretensão em juízo, constituem a necessidade ou utilidade pública que exige a utilização e a transferência da propriedade de determinado bem de outrem; e a resistência do seu titular em aceitar o valor que lhe oferta a Administração Pública. A causa de pedir remota, ou o fundamento jurídico, consiste na prevalência, na supremacia do interesse público sobre o particular.

88- Considerando o critério da cognição, na ação de desapropriação por utilidade pública, a cognição encontra limite no art. 9º c/c art. 20, ambos do Dec.-lei n. 3.365/1941. A cognição do juiz é limitada em extensão. Quanto ao objeto cognoscível, a perquirição do juiz não sofre limitação, e a cognição é exauriente em profundidade, até porque, feita a citação, a causa seguirá com o rito ordinário (art. 19, Dec.-lei n. 3.365/1941).

89- O objetivo do autor da ação de desapropriação é obter a propriedade do bem expropriando. Para tanto, faz-se necessário, se bem imóvel, proceder ao

cancelamento do registro de transcrição da propriedade, e ao registro da sua titularidade no Registro Imobiliário, o que, por conseguinte, irá provocar modificação na situação jurídica referente à titularidade do bem.

90- O autor-expropriante terá que efetuar o pagamento prévio da indenização, quantia estabelecida pelo juiz processante da ação que, ao proferir a sentença, declara o valor do bem expropriando, fixando seu *quantum* indenizatório. Com o pagamento ou depósito desse valor, 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 (art. 29, do Dec.-lei n. 3.365/1941).

91- A sentença que julga a pretensão expropriatória apresenta uma multiplicidade de eficácias. Tem natureza declaratória quando declara e fixa o *quantum* indenizatório. Tem natureza preponderantemente constitutiva ao servir para o autor expropriante de título hábil para promover o registro da transcrição da propriedade no Registro Imobiliário. Os atos referentes ao registro imobiliário e à expedição do mandado de imissão de posse decorrem da eficácia constitutiva da sentença.

92- Caso haja resistência do réu ao cumprimento do mandado de imissão de posse, basta ao autor, por meio de simples petição, comunicar tal fato ao juiz, que poderá tomar as medidas necessárias, visando a seu cumprimento. É a eficácia executiva da sentença de desapropriação.

93- Pode ocorrer de o autor expropriante, durante o curso da ação, ter sido, provisoriamente, imitado na posse do imóvel, e, talvez por isso, venha a protelar na efetivação do depósito do *quantum* fixado na sentença, demonstrando total desinteresse no seu pagamento. Caso isso ocorra, a sentença expropriatória

passará a ter, também, eficácia condenatória, já que servirá de título executivo, de molde a ensejar ao proprietário-expropriado, nos termos do art. 730 do CPC., ação de execução por quantia certa em face do Poder expropriante.

- A homologação da desistência ficará na dependência de devolução do mesmo bem objeto da desapropriação, de reembolso de custas e despesas periciais e pagamento dos honorários advocatícios. Além disso, a desistência deverá ser requerida antes da consumação da desapropriação e o expropriante deverá responsabilizar-se por qualquer dano que houver causado ao expropriado.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ALEM, José Antonio. *Intervenção de terceiro*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1989.

ALFONSIN, Jacques Távora. Sistema de propriedade e reforma urbana. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 41, p. 94-101, jul./set., 1987.

ALMEIDA, Jesus Crisóstomo de. *Processo e procedimento judicial na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária*, 2002. (Texto



inédito). Dissertação (Mestrado) - Área de Concentração em Direito Agrário, da Faculdade Federal de Goiás. Goiânia: 2002.

ALMEIDA JÚNIOR, Nelson Guilherme de. Da indenizabilidade das áreas reservadas nas expropriações. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 35-36, p. 56-66, jul./dez., 1975.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, t. 1: estudo dogmático, 1991.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ALVIM, Arruda. Desapropriação e o valor no Direito e na jurisprudência. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 102, p. 42-70, out./dez., 1970.

\_\_\_\_\_. Do cabimento de mandado de segurança preventivo para atacar ilegalidade evidente, em matéria de desapropriação. Revista de Processo, São Paulo, v. 32, p. 178-191, out./dez., 1983.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 vs., 2006.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1990.

ALVIM, Arruda e PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Assistência-litisconsórcio: repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1998.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, 1996.

\_\_\_\_\_. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

\_\_\_\_\_. Da assistência litisconsorcial no código brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 11-12, p. 45-49, jul./dez., 1978.

ALVIM, Rui Carlos Machado. Análise das concepções romanas da propriedade e das obrigações – Reflexos no mundo moderno. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 12, p. 25-38, abr./jun., 1980.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*. Lisboa: v.2, 1988.

\_\_\_\_\_. Desapropriação – Interesse social – Plano de urbanização. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 130, p. 347-369, out./dez., 1977.

AMORIM, Aderbal Torres de. O Anteprojeto da lei de desapropriação e o agravo de instrumento. Revista Brasileira de Direito Processual, São Paulo, v. 37, p. 11-15, 1º trimestre, 1983.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. *Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis: interpretação e aplicação das leis*. 4. ed. Coimbra-Portugal: Armênio Amado - Editor, Sucessor, 1987.

AQUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ARIMATÉA, José Rodrigues. *O direito de propriedade: limitações e restrições públicas*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

ARRONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSAN, Oíres Eilel. *Desapropriação: teoria, jurisprudência e legislação*. Campinas-SP: Agá Júris Editora Ltda., 1998.

BAPTISTA, Joaquim de Almeida. As servidões administrativas nas desapropriações. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 24, p. 116-129, abr./jun., 1983.

\_\_\_\_\_. Da não aplicabilidade do artigo 34 da lei de desapropriação às ações de desapropriação indireta. Revista Brasileira de Direito Processual, São Paulo, v. 52, p. 75-86, 4º trimestre, 1986.

\_\_\_\_\_. *Das servidões administrativas: comentários, legislação, jurisprudência*. São Paulo: Iglu, 2002.

\_\_\_\_\_. Os juros nas ações de desapropriação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 546, p. 23-28, abr., 1981.

\_\_\_\_\_. Normas gerais para avaliações em desapropriações. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 449, p. 308-311, mar., 1973.

BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARBERO, Domenico. *Sistema del Diritto Privado italiano*. 6. ed. Torino: Unione Tipográfica – Editrice Torinese, v. 1, 1962.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição Federativa do Brasil anotada*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentário à Constituição Federal do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2 vs., 1988.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BERNARDES, Juliano Taveira. Da função social da propriedade imóvel: estudos do princípio constitucional e de sua regulamentação pelo novo Código civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4573>>. Acesso em: 2, set., 2005.

BESERRA, Marcelo. *Desapropriação no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed., atual., por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 3 vs., 1949.

\_\_\_\_\_. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado e atual.*, por Achilles Bevilacqua. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., t. 2, 2 vs., 1951.

BIONDI, BIONDO. *Los bienes*. trad. de la 2. ed. italiana, rev. y ampl. por Antonio de La Esperanza Martínez-Rádío. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BORGES, Alice Maria Gonzales. Desapropriação em benefício de terceiro. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 86, p. 88-95, abr./jun., 1988.

BORGES, Marcos Afonso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda., v. 1, 1975.

BORGES, Paulo Tormim. *Institutos básicos do direito agrário*. São Paulo: Editora Juriscredi Ltda., 1974.

BRAGA, Francisco José Falcão. Ação de desapropriação para fins de reforma agrária e a incidência recursal nela possível. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1678>>. Acesso em: 5, set., 2005.

BRASIL. *Código das Águas*. Decreto-Lei n. 24.643 de 10-07-1934.

\_\_\_\_\_. *Código Comercial*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRITO, Carlos Ayres. Desapropriação indireta – Inconstitucionalidade. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 74, p. 242-257, abr./jun., 1985.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2006.

\_\_\_\_\_. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil: comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7-2-2006, e 11.280, de 16-2-2006.* São Paulo: Saraiva, v. 2, 2006.

\_\_\_\_\_. *O poder público em juízo.* 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAHALI, Yussef Said. Honorários de advogados no processo expropriatório. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 14, p. 53-79, nov., 1978.

CALMON FILHO, Petrônio. *Reforma infraconstitucional do processo civil.* São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, v. 1, 2004.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito Processual Civil.* 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, v. 3, 2005.

CAMPOS, Antônio Macedo de. *Comentários à lei de registros públicos.* 1. ed. Bauru-SP: Editora Javoli Ltda., 3 vs., 1977.

CANASI, José. *El justiprecio en la expropiación pública.* Buenos Aires: Roque Diploma Editor, 1952.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARINGELLA, Francesco, MAIZO, Giuseppe de, NICTOLIS, Rosanna de, e MARUOTTI, Luigi. *L'Espropriação per pubblica utilità: commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n.º. 327 come modificato dal D.Lgs. 302/2002*. Segunda Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Citação de réus já falecidos. Revista de Processo, São Paulo, v. 117, p. 221-238, set./out., 2004.

\_\_\_\_\_. *Intervenção de terceiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*; tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Editora Classic Book, 3 vs., 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do Direito*; tradução de A. Rodrigues Queiro e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942.

CASTRO, Arabela Maria Sampaio de. Desapropriação. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 64, p. 230-234, out./dez., 1982.

CARVALHO, Afrânio de. As margens dos rios e os “terrenos reservados”. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 133, p. 1-58, 1978.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor; FIEO- Fundação Instituto de Ensino para Osasco, 1992.



CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed., rev., ampl. e atual, contendo as EC n.ºs. 41 e 42. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Rodrigo Piront Aquirri de. *Processo administrativo e controle da atividade regulatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 13. ed., atual. até 31 de março de 1999. São Paulo: Saraiva, 1999.

CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. Lei de *software* comentada. Disponível em: <[http://www.tarcisio.adv.br/novo/index.php?pagina=material.php&pagina2=curso/a-10-lei\\_sw.htm](http://www.tarcisio.adv.br/novo/index.php?pagina=material.php&pagina2=curso/a-10-lei_sw.htm)>. Acesso em: 06, set., 2006.

CESARIO-CONSOLO, Francesco. *Trattato della espropriazione contra il debitore*. 3. ed. riveduta e ampliata pubblicata a cura dell'A.vv. Torino unione. Roma: Tipográfico – Editrice Toreense, 1911.

CHAGAS, Marco Aurélio Bicalho de Abreu. O aspecto fundamental da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988. *In Revista Eletrônica Prolink Informa*, v. 3, 40. ed. Acesso em: 18, mai., 2006.

CHAMOUN, Ebert. *Da retrocessão nas desapropriações*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Campinas-SP: Editora Bookseller, 3 vs., 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CLARO, Roberto del. *Devido processo substancial?* Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao prof.º Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 192-213, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1999.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COLIN, Ambrosine e CAPITANT, Henri. *Traité de Droit Civil*. Tome II, Refondu par Leon Julliot de la Morandière. Paris: Librairie Dalloz, 1959.

COMPORTI, Marco. *Diritti reali in generale*. 1. ed. Milano: Dott.s. Giuffrè Editore, 1980.

CORREA, Neyde Falco Pires. Declaração de utilidade pública e suas conseqüências. Revista de Direito Público, v. 49-50, São Paulo, p. 46-57, jan./jun., 1979.

\_\_\_\_\_. Desapropriação – Decreto expropriatório – Impossibilidade de indeferimento de alvará de construção. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 64, p. 228-234, out./dez., 1982.

COSER, José Reinaldo. *Juros: doutrina – legislação e jurisprudência*. Lemes-SP: LEP-Editora de Direito, 2000.

COSTA, Armando Casimiro, FERRARI, Irany e MARTINS, Melchiádes Rodrigues. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. 26. ed. São Paulo: LTr, 2000.

COSTA, José Bezerra. *Arrendamento rural: direito de preferência*. Goiânia: AB Editora, 1993.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A transferência do domínio do bem imóvel para o poder expropriante no processo judicial. Revista Ajuris, Porto Alegre, v. 47, p. 42-160, nov., 1989.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*, tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários às leis de desapropriação*. São Paulo: Bushatsky, 1972.

\_\_\_\_\_. Desapropriação – Utilidade pública – Desvio de poder – Controle jurisdicional. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 249, p. 111-120, jan./mar., 1975.

\_\_\_\_\_. Desistência da desapropriação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 617, p. 7-15, mar., 1987.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1987.

\_\_\_\_\_. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1980.

\_\_\_\_\_. *Prática do processo administrativo*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Leonardo José da. *A Fazenda Pública em juízo*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Limitações à propriedade revestida de vegetação. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 25, p. 95-13, jul./set., 1983.

CYSNEIROS, Vicente Cavalcanti. Evolução histórica da propriedade no Brasil. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 30, p. 62-76, out./dez., 1984.

DALLARI, Adilson Abreu. Pagamento de indenizações expropriatórias. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 83, p. 68-79, jul./set., 1987.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asd?id=3202>>. Acesso em: 5, set., 2005.

\_\_\_\_\_. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, v. 3, 2002.

\_\_\_\_\_. *Litisconsórcio*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. Relativizar a coisa julgada material. Revista de Processo, São Paulo, v. 109, p. 9-37, jan./mar., 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 6. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 22. ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2005.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de Direito Civil*. São Paulo: Editora Nelpa, v. 1, 1976.

ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, t. 1, 1984.

\_\_\_\_\_. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, t. 2, 1985.

ESPANHA. Ley de expropiación forzosa. Publicada en 16 de diciembre de 1954. Disponível em: <[www.derecho.com/legislacion/](http://www.derecho.com/legislacion/)>. Acesso em: 13, fev., 2006.

ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Introdução ao estudo do Direito Civil*. São Paulo – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

FACHIN, Luiz Edson. Conceituação do direito de propriedade. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 42, p. 48-76, out./dez., 1987.

FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no Direito brasileiro*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949.

\_\_\_\_\_. Desapropriação para urbanização e reurbanização. Validade da revenda. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 128, p. 27-35, abr/jun., 1977.

\_\_\_\_\_. Desapropriação – Utilidade pública – Desvio de poder – Controle jurisdicional. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 249, p. 111-120, jan./mar., 1975.

\_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FEDERIGHI, Wanderley José. et al. *Ação de desapropriação: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. A contestação na ação de desapropriação: possibilidades de abordagens. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=478>>. Acesso em: 5, set., 2005.

FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

\_\_\_\_\_. Desapropriação de bens estaduais. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 30, p. 67-77, jul./ago., 1974.

\_\_\_\_\_. Justa indenização na desapropriação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 502, p. 247-255, ago., 1977.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Dâmares. O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988. In Revista Eletrônica Informa v. 3, 40. ed., Prolink. Acesso: 18, maio, 2006.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Desapropriação – Bens do domínio público municipal – Indenização. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 138, p. 293-346, out./dez., 1979.

\_\_\_\_\_. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Desapropriação – Declaração de utilidade pública – Desvio de poder – Mandado de segurança. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 118, p. 425-437, out./ dez., 1974.

FERRO, Paulo Márcio M. de Moura. Desapropriação: implicações em zonas minerais. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 47-48, p. 230-246, jul./dez., 1978.

FIGUEIRA JÚNIOR, José Dias. A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa – o pensamento do prof.º Alfredo Buzaid. Revista de Processo, São Paulo, v. 72, p. 335-347, out./dez., 1993.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Estatuto da cidade comentado: Lei n. 10.257/2001: Lei do meio ambiente artificial*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



FRANCIULLI NETTO, Domingos. Cálculo de correção monetária em desapropriações. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 486, p. 233-235, abr., 1976.

\_\_\_\_\_. Desapropriação – O aparente conflito entre o art. 33 das “disposições transitórias” e o art. 5º, XXIV, ambos da Constituição Federal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 659, p. 230-242, set., 1990.

FRANCO, Antônio Celso Pinheiro. Desapropriação – A questão da correção monetária da oferta inicial. Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, São Paulo, v.109, p. 7-13, mai./jun., 1988.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A importância jurídica – positiva do regramento expropriatório. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 133, p. 70-80, jul./set., 1978.

\_\_\_\_\_. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Desapropriação – Declaração de utilidade pública – Ato administrativo – Mandado de segurança – Desvio de poder. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 112, p. 392-401, abr./jun., 1973.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, t. 1, 1979.

\_\_\_\_\_. Do direito líquido e certo nas desapropriações. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 123, p. 26-53, jan./mar., 1976.

FRANÇA, R. Limongi. *Da indenização do expropriado*. Direito Administrativo aplicado e comparado; compêndio em homenagem ao prof.º Manoel de Oliveira Franco Sobrinho; coordenado por João Abujamra Júnior. São Paulo: Editora Resenha Universitária, t. 1, p. 204-221, 1979.

FREIRE, Milcíades Mário de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, v. 8, 1924.

\_\_\_\_\_. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, v. 2, 1930.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Princípios regentes do direito das coisas. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 735, p. 55-73, jan., 1997.

FRIEDE, Reis. Intervenção do Estado na propriedade. Disponível em: <[www.saraivajur.com.br/previewPrint.cfm](http://www.saraivajur.com.br/previewPrint.cfm)>. Acesso em: 13, set., 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro: comentário à nova legislação sobre marcas e patentes, Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Brasília-DF: Livraria e Editora Brasília, 1996.

FURTADO, Miguel Pró de Oliveira. Retrocessão e direito de propriedade. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 95, p. 114-124, jul./set., 1990.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Intervenção de terceiros (aspectos do instituto)*. São Paulo: Saraiva, 1990.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: parte geral*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2005.

GASPARINI, Diógenes. Desapropriação. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 86, p. 207-210, abr./jun., 1988.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Pagamento amigável da desapropriação. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 76, p. 225-228, out./dez., 1985.

GATTI, Edmundo. *Teoría general de los derechos reales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

GENDÍN-ALVAREZ, Sabino. *Tratado general de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, t. 1, 1958.

GERAIGE NETO, Zaiden, et al. *Comentário ao Código Civil brasileiro, coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim*. Rio de Janeiro: Forense, v. 12, 2004.

GOMES, José Osvaldo. *Expropriações por utilidade pública*. 1. ed. Lisboa: Texto Editora, 1997.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O Estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 64, p. 48-59, out./dez., 1982.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed., de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.426, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Luís da Cunha. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Edições Ática, 1952.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2 vs., 2005.

GRAU, Eros Roberto. Desistência de desapropriação de ações. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 587, p. 33-49, set., 1984.

\_\_\_\_\_. Nota sobre a venda de bem desapropriado. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 600, p. 278-281, out., 1985.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

GUEDES, Jefferson Carús. Desapropriação da posse no Direito Público. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 226, p. 24-41, dez., 1999.

GUIMARÃES, Jackson Rocha. A desapropriação e a situação do locatário. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 467, p. 47-53, set., 1974.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. Mais-valia na desapropriação. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 45-46, p.108-113, jan./jun., 1978.

HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo. *Processo de execução civil: modificações da Lei n. 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IANNELLI, Antonio. *La proprietà costituzionale*. edizione scientifiche italiane. Nápole: Pubblicazioni Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino: 1980.

ICHIHARA, Yoshiaki. A desapropriação e as implicações com o imposto de renda. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 45, p. 238-242, jul./set., 1988.

INOCÊNCIO, Antônio Ferreira. *Divisão de terras particulares*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1986.

ITÁLIA. Legge n. 302 del 3 agosto 1998, G. U. n. 196 del 24 agosto 1988. Disponível em: <<http://cerca.camera.it/getHtml.Asp?Item=9>>. Acesso em: 13, fev., 2006.

\_\_\_\_\_. Regione puglia – Legge regionale 22 febbraio 2005, n. 3. Disponível em: <<http://www.consulenzaespropri.it/documentoStampa.jsp?documentoId=58>>. Acesso em: 13, fev., 2006.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. rev. y completado por André Brun. Trad. de Santiago Cunchillos Y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, t. 1, v. 3, 1950.

KIRZNER, Vânia. Plano diretor de desenvolvimento urbano, estatuto da cidade (Lei n. 10.257/2001). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3899>>. Acesso em: 6, set., 2005.

LACERDA, Belizário Antônio de. *Natureza jurídica da requisição do bem expropriado: doutrina, jurisprudência, pratica e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

LEÃO, José Francisco L. de Miranda. *Sentença declaratória: eficácia quanto a terceiros e eficiência da Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

LEITE, Yára Muller. *A desapropriação*. Rio de Janeiro: Irmãos Rongetti, 1963.

LENZ, Carlos Eduardo Thompsom Flores. A justa indenização na desapropriação de ações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 664, p. 37-42, fev., 1991.

LENZ, Luís Alberto Tompson Flores. Nova avaliação na desapropriação. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 51, p.182-195, mar., 1991.

LEMOS, Bruno Espiñeira. *Precatório: trajetório e desvirtuamento de um instituto – necessidade de novos paradigmas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Notas relativas ao Direito brasileiro vigente Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Manuale di Diritto Processuale Civile (principi)*. Sesta edizione a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo Fricci. Milano: Dott. A. Giufrè Editore, 2002.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o Direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, Arnaldo Esteves. *O processo administrativo no âmbito da administração pública: Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. Desapropriação e o interesse da fazenda previdenciária: o pedido de liberação de 80% do valor depositado pelo ente desapropriante, antes do trânsito em julgado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4770>>. Acesso em: 5, set., 2005.

LIMA, Paulo Jorge. *Desapropriação por interesse social*. São Paulo: Editora Fulgor, 1965.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: teoria geral do Direito Civil*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2005.

LOPES, João Batista. *Condomínio*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. Estatuto da cidade. Considerações introdutórias. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3434>>. Acesso em: 6, set., 2005.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Teoria e prática da desapropriação no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1968.

MAIA, Izabelle Albuquerque Costa. Breves considerações sobre a relativização da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p. 260-271, jan./mar., 2003.

MAIA, Juliana. *Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MALACHINI, Edson Ribas. *As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao prof.º Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 441-473, 2005.

MALUF, Carlos Alberto Dobus. *Teoria e prática da desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MALUF, Carlos Alberto Dobus e MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *O condomínio edilício no novo Código Civil*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.



MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. 6. ed. e actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 4, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). *Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+5045>>. Acesso em: 5, set., 2005.

\_\_\_\_\_. Marca comercial, direito de invento, direito autoral etc. Impropriedade do uso das ações possessória, cominatória e cautelar. Cabimento da ação monitória. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 768, p. 21-38, out., 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. e rev. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1976.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MATA, José Veríssimo Teixeira da. Os precatórios e a disciplina do art. 100 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/dutrina/texto.asp/id=3077>>. Acesso em: 5, set., 2005.

MATOS NETO, Antônio José de. Função social da propriedade agrária: uma revisão crítica. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 76, p. 72-78, abr./jun., 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MAZEAUD, Henri et Léon e MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil*. 4. ed. Par Michel de Juglart. Paris: Éditions Montchrestien, Tome deuxième, 1969.

MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Desapropriação*. 2. ed. Ministério da Justiça. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, v. 3, 1983.

\_\_\_\_\_. Desapropriação de ações. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 580, p. 41-57, fev., 1984.

\_\_\_\_\_. Desapropriação para urbanização. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 116, p. 1-15, abr./jun., 1974.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo brasileiro*, por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. Tombamento e indenização. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 600, p. 15-18, out., 1985.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamento sobre a desapropriação no Direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 111, p. 511-529, jan./mar., 1973.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5-7-2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. Desapropriação de bem público. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 29, p. 47-60, mai./jun., 1974.

MENDES, Gilmar Ferreira. Retrocessão – Prazo de prescrição. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 86, p. 96-104, abr./jun., 1988.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *A tutela mandamental como manifestação do princípio constitucional da efetividade do processo*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao prof.º Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 115-126, 2005.

MENEZES, Olindo (coordenador). *Desapropriação: doutrina e jurisprudência*. Brasília: TRF-1ª Região, 2005.

MESQUITA, Gil Ferreira de. *Teoria geral do processo*. Uberlândia: IPEDI, 2004.

MEXICO. Ley de expropiación, al margen un sello con el escudo nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el diario oficial de la Federación el

25 de noviembre de 1936. Disponível em: <[www.disputados.gob.mx/leyinfo/](http://www.disputados.gob.mx/leyinfo/)>. Acesso em: 13, fev., 2006.

MINHOTO JUNIOR, Alcebiades da Silva. *Da desapropriação imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1978.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1999.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 20. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MUSSI, Breno Moreira. As condições da ação e e a coisa julgada. Revista de Processo, São Paulo, v. 45, p. 35-53, jan./mar., 1987.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de comercial e de empresa*. 3. ed. e reformada. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 23. ed. e atual., até 10-01-2004. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. Revista de Processo, São Paulo, v. 64, p. 33-38, out./dez., 1991.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed., rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed., atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Código Civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 15 de junho de 2005*. 3. ed., rev. e ampl. da 2. ed. do Código Civil anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Código Civil comentado*. 4. ed., rev. e ampl. e atual até 20 de maio de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil anotado e legislação extravagante*. Atualizada até 1º de março de 2006. 9. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Leis civis comentadas: atualizadas até 20 e julho de 2006*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

NEVES, Maria Carolina Scheidgger. Desapropriação para fins de reforma urbana e o estatuto da cidade (Lei n. 10.257/2001). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5084>>. Acesso em: 5, set., 2005.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. Instrumentos tributários de implantação das diretrizes urbanísticas: parlamento, edificação e utilização compulsória; desapropriação/sanção e IPTU progressivo e função social da propriedade. *In Revista Eletrônica Prolink Informa*, v. 3., 40. ed. Acesso em: 18, mai., 2006.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. Considerações gerais sobre a prova nas ações expropriatória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 524, p. 36-41, jun., 1979.

\_\_\_\_\_. 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, v. 59, p. 114-124, jul./set., 1990.

\_\_\_\_\_. Problemática e implicações da revogação do ato expropriatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 566, p. 23-30, dez., 1982.

NOGUEIRA, Rubem R. Controle judicial das desapropriações por interesse público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 30, p. 5-16, 1974.

NOWIL, Hubert Vernon Lencioni. Garantia constitucional da propriedade – Função estatal – Inviabilidade de intervenção do locatário no processo judicial expropriatório – Ação direta para tutela de direitos de terceiros ofertados pela desapropriação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 505, p. 23-29, nov., 1977.

NUNES, Elthon Baier. Dos critérios da indenização e da aplicabilidade dos juros moratórios e compensatórios na desapropriação para fins de reforma agrária. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5548>>. Acesso em: 5, set., 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Antônio Flavio de. *Precatórios: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao prof.º Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 42-440, 2005.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Revista de Processo, São Paulo, v. 46, p. 39-47, abr./jun., 1987.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Intervenção da União, como assistente, em desapropriação. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 284, p. 121-126, out./dez., 1983.

\_\_\_\_\_. Retrocessão no Direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 166, p. 17-36, abr./jun., 1974.

OLIVEIRA, Umberto Machado de. *Princípios de Direito agrário na Constituição vigente*. Curitiba: Juruá, 2004.

OLIVEIRA FILHO, João Telmo de. O estatuto da cidade: fundamentos e principais instrumentos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5370>>. Acesso em: 5, set., 2005.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OVIEDO, Garcia. *Derecho Administrativo*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1954.

PACHECO, José da Silva. Das limitações de ordem pública e social, nas zonas de proteção de aeródromos e helipontos, em prol da segurança na navegação aérea. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1698.htm>>. Acesso em: 5, set., 2005.

PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido processo legal: aspecto material*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

PARIZATTO, João Roberto. *Multas e juros*. 4. ed., rev. e atual. Minas Gerais: EDIPA-Editora Parizatto, 2001.



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, São Paulo, v. 31, p. 63-76, 1º bimestre, 1982.

PATTERSON, William A. Desapropriação por utilidade pública. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 53-54, p. 98-104, jan./jun., 1980.

PAULSEN, Leandro. *Desapropriação e reforma agrária*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

PEREIRA, Altino Portugal Soares. O direito de propriedade e o bem-estar social. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 41, p. 90-93, jul./set., 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 1995.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1996.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 2002.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 2006.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil, de acordo com a Constituição Federal de 1988*. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

\_\_\_\_\_. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Manual do Código Civil brasileiro: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, v. 8, 1924.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PETRUCCI, Jivago. A função social da propriedade como princípio jurídico. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4868>>. Acesso em: 2, set., 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PINA, Rafael de. *Elementos de derecho civil mexicano*. 5. ed., rev. y actual. por Rafael de Pina Vara. México: Editorial Porrúa, v. 2, 1973.

PIÑAR, Antonio Serra. *La expropiación forzosa en los modernos textos constitucionales, estudios dedicados al prof. Garcia Oviedo de su jubilación – Derecho Administrativo*. Sevilla: Universidad de Sevilla, v. 1, 1954.

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

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção do patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PIZA, Marcos Salvador de Toledo. Honorários em desapropriação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 549, p. 261-263, jul., 1981.

PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PLANA, Juan Jose Cobo. *La sentencia civil: forma, contenido, motivación, plazo, firma, aclaración, congruencia, iura novit curia, reformatio in peius, condena al pago de intereses, emposición de costas*. Madrid: Dykinson, 1995.

POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de autor e software*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, t. 11, t. 14, t. 16, 1956.

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. 1, t. 3, 1972.

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. 4, 1973.

PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. Classificação de ações, sentença e coisa julgada. Revista de Processo, São Paulo, v. 73, p. 37-46, jan./mar., 1994.

PORTUGAL. Código das Expropriações. Decreto – Lei n. 438/91, de 9 de novembro de 1991. Disponível em: <[http://www.cidadevirtual.pt/aspj/leis/cod\\_exprop.html](http://www.cidadevirtual.pt/aspj/leis/cod_exprop.html)>. Acesso em: 6, ago., 2006.

QUEIROZ, Álvaro Alves de. Honorários de advogado em desapropriação quando o autor não é a Fazenda Pública. Revista de Processo, São Paulo, v. 17, p. 173-183, jan./mar., 1980.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Direito Constitucional*. 16. ed., rev., ampl. e atual. Goiânia: IEPC, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil*. 5. ed., rev., ampl. e atual. Goiânia: IEPC, 1997.

RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. Florianópolis: Editora OAB/SC, 1999.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. 3. ed., anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

REALE, Miguel. *Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1969.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. *Registros públicos: jurisprudência, lei n. 6.015/73*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

RÉGNIER, João Roberto Santos. *Discricionariedade administrativa: significação, efeitos e controle*. São Paulo: Malheiros, 1997.

REPERT, Georges e BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el tratado de planiol*. Buenos Aires: La ley, t. 6.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 23. ed. atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Djanira Maria Radamés de Sá. *Teoria geral do Direito Processual Civil - A ride e sua resolução*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1991.

RIZATTO, Arnaldo. Juros no Código Civil 2002. Revista de Direito Bancário, Mercados de Capitais e da Arbitragens, São Paulo, v. 22, p. 53-57, out./dez., 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a desapropriação no Direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 204, p. 33-52, abr./jun., 1996.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RODRÍGUEZ, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 34. ed. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

ROMITTI, Mário Muller e DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, v. 13, 2004.

ROSENVOLD, Nelson. *Direitos reais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SABINO JÚNIOR, Des. Vicente. *Da desapropriação*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. *Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTA MARIA, José Serpa de. O envolver conceitual da propriedade e sua natureza jurídica. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 58, p. 62-82, out./dez., 1991.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. *O pedido*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, p. 222-226, 1993.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2002.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2 vs., 2006.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Direito de propriedade e direito de construir. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 63, p. 132-139, jan./mar., 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 19. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997.

SANTOS, Weliton Militão dos. *Desapropriação, reforma agrária e meio ambiente: aspectos substanciais e procedimentos – reflexo no Direito Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SÉ, João Sento. Desapropriação anômalas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 152, p. 27-44, abr./jun., 1983.

SHIMURA, Sérgio. *Titulo executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Edson Jacinto da. *Desapropriação no direito positivo: teoria, legislação e jurisprudência*. Leme-SP: LED – Editora de Direito Ltda., 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 9. ed., rev. e 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito material e processo*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao prof.º Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 404-420, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA JUNIOR, Antônio Carlos da Rosa. Desapropriação de bens públicos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5979>>. Acesso em: 5, set., 2005.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. Condições da ação e pressupostos processuais. Revista de Processo, São Paulo, v. 64, p. 70-79, out./dez., 1991.

SIMÃO, Regis Elias. *Da desapropriação impossível*. Rio de Janeiro: Impresso Forense, n. 17, p. 9-10, dez., 1978.



SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Aspectos relevantes da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária – Ação estatal interventiva no domínio privado. Disponível em: <[http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id\\_noticia=6872](http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=6872)>. Acesso em: 1º, nov., 2005.

SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

SOUSA, Suzana Pedrosa de. Desapropriação de glebas nas quais se localizam culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2664>>. Acesso em: 17, maio, 2006.

SOUZA, Agripino Viera de. Indenização nas desapropriações. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 496, p. 11-14, fev., 1977.

SOBRINHO, Elício de Cresci. *Listisconsórcio: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

SPÍNOLA, Celso. *Desapropriações por necessidade ou utilidade pública*. 2. ed. e atual. com um suplemento de 1941. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1941.

SUNDFELD, Carlos Ari. Cumulação de juros na desapropriação. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 96, p. 154-156, out./dez., 1990.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Processual Público: o Direito Processual e o Direito Administrativo*. 1. ed., 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 15-30.

SUNDFELD, Carlos Ari e BUENO, Cassio Scarpinela (coordenadores). *A Fazenda Pública em juízo*. 1. ed., 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁCITO, Caio. Desapropriação – Desistência. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 68, p. 93-100, out./dez., 1983.

\_\_\_\_\_. Problemas atuais da desapropriação. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 256, p. 11-16, out./dez., 1976.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer : CPC, art. 461; CDC, art. 84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAWIL, Guido Santiago. *Administración y justicia: alcance del control judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: Depalma, v. 1, 1993.

TELLES, Gil Trotta. Procedência da ação, ou procedência do pedido? Revista de Processo, São Paulo, v. 13, p. 130-131, jan./mar., 1979.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no Direito brasileiro. Disponível em: <[www.fdc.br/revista\\_6/docente/04.pdf](http://www.fdc.br/revista_6/docente/04.pdf)>. Acesso em: 18, mai., 2006. In Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n 6, Jun., 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 13. ed. São Paulo: Livraria e editora Universitária de Direito Ltda., 1989.

\_\_\_\_\_. *Terras particulares: demarcação, divisão, tapumes*. 2. ed. São Paulo: Editora Universitária, 1981.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

UYEDA, Massami. *Da desistência da desapropriação*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

VASCONCELOS, Antônio Vital Ramos de. A prova pericial nas desapropriações. Revista Brasileira de Direito Processual, São Paulo, v. 33, p. 21-26, 3º bimestre, 1982.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, v. 5, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo. Correção monetária nas desapropriações é devida independentemente da existência de pedido; flui a partir do momento da avaliação feita pelo perito e não na data da apresentação do laudo. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 57-58, p. 98-109, jan./jul., 1981.

WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. 6. éd. Paris: Pecueil Sirey, 1950.

WAMBIER, Luiz Rodríguez. et al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: Emenda Constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Liquidação da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso avançado de processo civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 vs., 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: Emenda Constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Breves comentários à nova sistemática processual civil II: Lei 11.187/2005, Lei 11.232/2005, Lei 11.276/2006, Lei 11.277, Lei 11.280/2006.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/201 e 10.444/202. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *O dogma da coisa julgada: hipótese de relativização.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. et al. *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a E.C. n. 45/2004.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005.

WOLF, Martín. *Derecho de cosas.* 3. ed. al cuidado de José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, t. 3, v. 1, 1971.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.