

Sugestões para reforma da lei de desapropriações

VENERO CAETANO DA FONSECA

Professor titular de Direito Administrativo
nas Faculdades de Direito de Divinópolis
e Sete Lagoas, em Minas Gerais.

DESAPROPRIAÇÕES

Vamos indicar algumas modificações que poderiam ser feitas no Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

Mas, antes, queremos ressaltar que o referido decreto-lei — como está, mesmo sem correções tendentes a atualizá-lo — bem que poderia ser lembrado para melhorar as condições de vida nos grandes centros, quanto ao uso do solo urbano, e, especialmente, para aumentar pronta e racionalmente áreas necessárias ao progresso no funcionamento do serviço público, por meio de desapropriação de salas ou edifícios ligados ou próximos aos prédios em que se localizam repartições públicas, eventualmente carentes de espaço. Tais desapropriações estariam expressamente amparadas pelo art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41, alínea h:

“Consideram-se casos de utilidade pública:

h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos.”

II) A viabilidade de desapropriações para reurbanização, ou racionalização para melhorar a qualidade de vida nas cidades, está assentada, também, no Decreto-Lei nº 3.365/41, letra i, de acordo, inclusive, com as doudas observações do Professor Hely Lopes Meirelles, dentre as quais destacamos as seguintes:

“Todos estes são instrumentos de atuação urbanística, utilizáveis conjunta ou separadamente pela Municipalidade para a implantação de seus planos de urbanização ou reurbanização da cidade, mas nenhum deles impede, dispensa ou substitui a desapropriação, quando se torna necessária a retirada da propriedade particular, para a administração realizar nela as obras e serviços públicos, planejados em benefício da comunidade urbana. Essa desapropriação para fins urbanísticos, embora já prevista em nossa legislação (art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41, letra i), ainda não mereceu a necessária conceituação doutrinária e só agora vem sendo admitida pelos nossos tribunais, na maioria dos casos confundida indevidamente com a desapropriação por zona (art. 4º

do Decreto-Lei nº 3.365/41), como demonstraremos a seguir.” (RDA, vol. 116, págs. 6/7.)

III) Assim sendo, parece que seriam desnecessários os estudos de viabilidade jurídica que se vêm efetuando, conforme noticiam os jornais:

“A lei pode indicar a área de uma cidade que pode receber indústrias e a área estritamente residencial? Até que ponto haverá prejuízo para a economia urbana, em favor das comunidades? O Governo tem o direito de legislar sobre o uso do solo urbano?”

Essas questões estiveram em debate por mais de um ano na Secretaria de Planejamento da Presidência da República. Chegou-se à conclusão principal: o Governo pode interferir no direito privado urbano, desde que o objetivo seja a comunidade.” (Tribuna da Justiça — SP — de 2-6-76, pág. 6.)

“O governo pode interferir no direito privado urbano, desde que os objetivos estejam voltados para o bem-estar da comunidade ou, em outros termos, o poder público pode adotar medidas restritivas ao uso do solo com a finalidade de melhorar a qualidade da vida humana nas cidades. Esta é a conclusão central de um debate levado a efeito durante mais de um ano na Secretaria do Planejamento da Presidência da República e que servirá como base para o estabelecimento da Lei do Solo.” (Tribuna da Justiça — SP — de 9-6-76, pág. 8.)

IV) Por outro lado, as peculiaridades locais e o princípio da autonomia municipal, s.m.j., desaconselham a generalização, isto é, uma “Lei do Solo”, federal ou mesmo estadual.

V) A Lei do Solo, municipal, poderá representar um ordenamento melhor sintonizado com as necessidades reais do Município. Poderá concorrer para abreviar o andamento de correspondentes ações judiciais, pelo procedimento sumaríssimo, previsto no Código de Processo Civil, art. 275, II, g, nas causas que “tiverem por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto à distância entre prédios, plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias.”

A lei municipal poderá, também, é verdade, formular erros administrativos, mas que poderão ser mais fiel e prontamente corrigidos do que aqueles eventualmente formulados na legislação uniformizadora federal ou estadual.

VI) A inconveniente multiplicação de normas — manifestada, algumas vezes, somente para resolver problemas pessoais —, além de aumentar as dificuldades burocráticas para a Administração e para os administrados, leva ao esquecimento normas antigas, mas sábias e, por isto, sempre atuais. É o que acontece, por exemplo, com o art. 4º do Decreto-Lei nº 3.365/41, que autoriza a chamada desapropriação por zona:

“A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização

do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-la, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.”

VII) A propósito desta relevante e construtiva disposição legal inexplicavelmente abandonada, injustificadamente inaproveitada, Ildefonso M. da Silva registra, entre outras, as seguintes observações:

“A atual lei de desapropriação não inovou nessa matéria.

Foi a Lei nº 196, de 18 de janeiro de 1936, que instituiu a Lei Orgânica para o Distrito Federal, que introduziu a expropriação por zona no Direito brasileiro.

Essas normas foram mantidas no Decreto-Lei nº 96, de 22 de dezembro de 1937, que dispõe sobre a Administração do Distrito Federal. Estabelece o Decreto-Lei nº 96, no art. 22, que compete ao Conselho Federal, privativamente, legislar para o Distrito Federal em tudo quanto se refira ao seu peculiar interesse e especialmente, entre outras, sobre desapropriações.”

O anteprojeto da lei de desapropriação organizado, em maio de 1940, pelo Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo, tratou de expropriação por zona.

Essa espécie de desapropriação resolve, sem nenhuma dúvida, diz EURICO SODRÉ, grandes problemas do interesse coletivo (*op. cit.*, 2ª ed., pág. 96). Define a desapropriação de zona de permissão de desapropriar para revender, aplicável sempre que se reconheça a necessidade de, fora do perímetro restrito das obras, desapropriar áreas que assegurem a essas, pleno valor imediato ou futuro (*op. cit.*, pág. 93).”

A desapropriação por zona é outra nova ampliação à limitação do direito de propriedade, traduzido na expropriação.

O admirável Filadelfo Azevedo assegura que se inclui, sem discrepância, no conceito de utilidade pública a desapropriação por zona para fins de reloteamento em benefício da estética, tão sacrificada entre nós. Assim, o que era facultado ao proprietário, isto é, estender a desapropriação à parcela restante, inútil ou imprópria, se tornou princípio a favor do Poder Público, de modo que a questão se reduz, em regra, ao exame da legitimidade da valorização sem causa, além do preço estimado dentro de critério genérico, mas razoável, que permita a execução de melhoramentos públicos, após a elaboração de planos e orçamentos, sob base precisa (Voto cit. em *Revista do Direito Administrativo*, nº de julho de 1945, pág. 76). A necessidade de melhorar as condições de salubridade, escoamento e estética das cidades, na defesa da saúde, produção e bem-estar das massas, tornou-se, entre os povos civilizados, uma obrigação de caráter internacional, tal é a sua importância. No seio da maioria das cidades, construídas ao acaso e desenvolvidas a esmo, sem a mais remota noção das exigências da vida social contemporânea, o melhoramento da higiene se im-

põe pelo instinto da própria conservação; o alargamento de ruas e a abertura de parques e jardins se impõem como garantia para a circulação de bens e pessoas, e repouso para as massas.

As novas condições sociais, as formidáveis despesas acarretadas pelas obras públicas, a igualdade na distribuição dos encargos e serviços, o predomínio do interesse coletivo sobre o individual estavam solicitando soluções adequadas e justas.

E a expropriação por zona é uma delas.

Os contrários à revenda argumentam que não é admissível desapropriação como negócio, com o intuito de lucro.

Esse procedimento não é especulação, nem despojo. Não é confisco porque o proprietário é devidamente indenizado; não é especulação porque a coletividade é beneficiada.

É justo que se tribute com impostos a generalidade em proveito de uns poucos? Ainda que a Administração lucre com a renda, o enriquecimento do Estado é um benefício coletivo do qual participam, mediatemente, os jurisdicionados, contanto que se empregue bem a riqueza pública, o que se presume, ou que lucros de exceção se devolvam à coletividade em obras sociais proveitosas.

Nisso está uma ponderação que tira ou atenua razões intensas de queixas contra os ganhos em apreço, e é mesmo uma maneira de promover a função social da propriedade privada, justificou numa sentença o talentoso juiz Dr. Arthur de Souza Marinho (*Rev. de Dir. Adm.*, janeiro 1945, pág. 232).

A zona marginal é expropriada como meio do Poder Público obter recursos para as obras, fazendo o seu financiamento, ou como meio de socializar a mais valia, a valorização que advém aos terrenos desapropriados e confinantes da sua urbanização, ou da abertura, alargamento e prolongamento de vias públicas na área.

A desapropriação por zona, opina Cunha Gonçalves, é apenas um processo de fazer reverter à Administração Pública uma parte da enorme valorização dos terrenos urbanizados (*op. cit.*, pág. 233). (*Desapropriação por Necessidade e Utilidade Pública* — Rio — 1947 — Gráfica Editora Aurora Ltda. — págs. 353/4, 356/7, 367/8, 370/1 e 373.)

VIII) Alguns dos argumentos acima já respondem, *data venia*, às doudas opiniões emitidas por Seabra Fagundes, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho e Cretella Júnior, abaixo transcritas e citadas por Rubem R. Nogueira no seu trabalho — “Controle Judicial das Desapropriações Por Interesse Público”, publicado na *RDP* (Ed. RT), vol. 30:

“Seabra Fagundes reputa-a inconciliável com o exercício do direito de desapropriar, nos termos em que o coloca o art. 153, § 22, da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969. A seu ver, depois de incluída a contribuição de melhoria no sistema tributário brasileiro (art. 18, nº II), a desapropriação por zona, destinando-se a ensejar a revenda dos terrenos indicados no ato de-

claratório, “assumiria o feito de mera especulação, pelo Estado, à custa da propriedade privada” (cf. M. Seabra Fagundes, “Evolução do Instituto da Desapropriação e suas repercussões no âmbito municipal”, in “Anais do 1º Encontro de Procuradores Municipais do Brasil”, Recife, 1974, págs. 76-84).

Essa mesma colisão com o texto constitucional regulador do direito de propriedade e do direito de desapropriar é vista com maior profundidade por Pontes de Miranda, segundo quem a desapropriação por zona “ultrapassa os limites conceptuais do art. 146, § 16, 1ª parte, in fine (necessidade pública, utilidade pública, interesse social)”, o que o torna “inconciliável com o Direito Constitucional brasileiro” (in “Tratado de Direito Privado”, 2ª ed., tomo XIV, págs. 176-7).

As condições constitucionais autorizativas da desapropriação (a questão constitucional a que se referia Rui), isto é, a necessidade ou utilidade pública e o interesse social, entram em choque com a revenda, segundo também o pensamento do Prof. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, salvo excepcionais casos desprovidos de intenção especulativa. Admiti-la, escreve ele, “admitir a revenda dentro da normalidade constitucional, será o mesmo que negar o princípio de que as desapropriações só se fazem a favor das pessoas de direito público, ou de pessoas de direito privado, delegadas ou concessionárias de serviço público” (Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. “Desapropriação, na Doutrina, no Direito Brasileiro, na Legislação Comparada”, São Paulo, 1973, pág. 153).

Em sua obra acima citada, Cretella Júnior fica na mesma linha de Pontes de Miranda, considerando a “valorização futura para revenda” uma ultrapassagem do disposto no art. 153, § 22, 1ª parte, da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, ou seja, algo infringente das condições constitucionais do poder de desapropriar (necessidade pública, utilidade pública, interesse social). (RDP 30, págs. 9 e 10.)

IX) Com o devido respeito que merecem os referidos mestres, entendemos que o Estado não revende a parte da área desapropriada — e valorizada pelos resultados da obra ou da urbanização — para ganhar, especulando, mas, ao contrário, para evitar os lucros excessivos e anti-sociais de empresas imobiliárias que, sempre atentas, se antecipam na aquisição de terrenos juntos àqueles em que se edificarão obras públicas.

Aliás, o Eg. Supremo Tribunal Federal, em Acórdão de 19-11-74, no RE nº 76.296, manifestou que é possível, por interesse social, a desapropriação para venda, por via da Lei nº 4.132, de 10-9-62. Foi relator o eminente Ministro Bilac Pinto que assim concluiu o seu brilhante voto:

“Retomando as características da expropriação que o Estado do Rio de Janeiro pretendeu realizar, de terras pertencentes a uma empresa rural, para fim de venda a particulares, depois da implantação de um distrito industrial, voltamos a afirmar que tal desapropriação somente poderia fundar-se em “interesse social”

pelos motivos já aduzidos e ainda porque somente esta espécie expropriatória tem como objetivo implícito a venda dos respectivos imóveis a terceiros, como expressamente dispõe o art. 4º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, que regula a desapropriação por interesse social, cujos termos devem ser recordados:

“Art. 4º — Os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação, a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista.” (RDA 120, pág. 355.)

X) Por outro lado, ainda que, porventura, não pudesse haver desapropriação para revenda, ainda assim deveria e deve prevalecer a desapropriação por zona (art. 4º do Decreto-Lei nº 3.365/41), a fim de desencorajar a especulação imobiliária, guardando o Estado a área mais valorizada para usá-la no interesse público.

XI) Finalmente, a contribuição de melhoria, que é um tributo — “arrecadado dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas” (Constituição Federal, art. 18, II) — não revogou a chamada desapropriação por zona, que pode, para revenda, “abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina e as zonas que se valorizarem extraordinariamente”. Ambas, a desapropriação por zona e a contribuição de melhoria convivem muito bem, jurídica e legalmente, inclusive porque entre elas não há possibilidade de conflito, pois nunca atuam simultaneamente, isto é, ou o Estado fica sendo, pela desapropriação, ele próprio, dono do imóvel, ou aplica ao proprietário contribuição de melhoria. Mas quem faz a escolha (desapropriação ou contribuição de melhoria), não é o proprietário, mas, sim, logicamente, o Poder Público, guiado pelas conveniências do interesse social (Constituição Federal, art. 160, III).

A contribuição de melhoria, atualmente, corrige ou atualiza o Decreto-Lei nº 3.365/41, quanto à parte final do seu art. 27, conforme decisão unânime do Eg. Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em Acórdão de 31-8-75, no RE 76.274, publicado na RTJ, vol. 69/222, cuja ementa vai adiante reproduzida (vide sugestão para alteração do art. 27 do Decreto-Lei nº 3.365/41).

XII) A primeira sugestão, portanto, seria no sentido de divulgar-se eficazmente as possibilidades, acima referidas, que o Decreto-Lei nº 3.365/41 oferece, e imediatamente, como instrumento de colaboração para melhorar os resultados humanos da Administração Pública nos grandes centros urbanos.

XIII) Ainda mais. A criação de um clima convincente da existência real de desapropriação urbana — deflagrável, a qualquer momento, por indicação da necessidade, utilidade pública ou interesse social, promovendo o pagamento do preço justo e não o maior, injusto, sempre esperado e estimulado pela crescente especulação imobiliária — poderá, também, deter a inchação de preços, inclusive das locações residenciais que, especialmente, vem infernando a vida da classe média, cujas famílias, antigamente, se reuniam para discutir qual seria a opção conveniente, comprar uma casa ou um automóvel, cujos valores, então, como se sabe, eram saudosamente equivalentes.

SUGESTÕES DE REFORMA DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41

1) Artigo 10:

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

Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração.”

Cretella Júnior observa que:

“A edição do decreto expropriatório, em si mesma, pode trazer prejuízos morais e materiais ao proprietário.” (Comentários às Leis de Desapropriação — 1972 — Ed. José Bushatsky — pág. 154.)

A publicação do ato declaratório de utilidade pública, sem pronta consequência, isto é, sem que o poder público tome providências administrativas ou judiciais para efetivar a desapropriação, desfavorece a imagem do Administrador. Este não pode e não deve cruzar os braços, depois de dizer, publicamente, conforme seus planos e metas, que a propriedade de alguém vai ser utilizada no interesse da comunidade. A Constituição lhe garante o direito de desapropriação, “mediante prévia e justa indenização em dinheiro”, mas não lhe dá o direito de ameaça de desapropriação, durante cinco anos e sem ônus ou pagamento prévio.

Este inconveniente prazo de cinco anos, durante o qual a propriedade alheia fica à disposição do Administrador, sem início de utilização, muitas vezes por alegada carência de recursos financeiros, tornou-se, mais inconstitucional, à luz do art. 62, § 3º, da Constituição Federal:

“Art. 62 — O orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento.

.....

§ 3º — Nenhum investimento, cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no orçamento plurianual de investimento ou sem prévia lei que o autorize e fixe o montante das dotações que anualmente constarão do orçamento, durante o prazo de sua execução.”

Também a presteza — com que a atividade administrativa deve ser desempenhada, inclusive por economia de gastos que, naturalmente, serão tanto maiores quanto mais tarde forem realizados, desaconselha o referido prazo, que poderia ser diminuído para um ano e, aumentado para cinco anos, o prazo cujo decurso é necessário para “ser o mesmo bem objeto de nova declaração”.

O art. 10 ficaria assim formulado:

“A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de um ano, contado da expedição do respectivo decreto e findo o qual este caducará.”

“Neste caso, somente decorridos cinco anos, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração.”

2) Artigo 27:

“O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação da área remanescente, pertencente ao réu.

§ 1º — 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.” (Com a redação dada pela Lei nº 2.786, de 21-5-56.)

Caio Tácito observa que:

“Matéria paralela, que merece referência especial, a da tese, já agora consolidada na jurisprudência, de que a **mais-valia** da área remanescente, provocada pela obra pública que deu causa à desapropriação, não mais pode ser abatida do valor da indenização, não obstante o disposto no art. 27, *in fine*, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Com a criação, para esse fim específico, da contribuição de melhoria, conforme norma constitucional, ficou derogado o preceito da Lei de Desapropriações, segundo o julgamento dominante do Supremo Tribunal Federal (acórdãos de 18-1-1954 e 31-8-73, *in RDA*, 53/150, 151 e *RTJ* 69/222, 225)”. (*RDA* 120/11 e *RDP* 31/11.)

A ementa pertinente ao Acórdão relativo ao RE nº 76.274, reza o seguinte:

“Desapropriação. Dedução da **plus-valia** que a obra trará ao remanescente.

1. Tendo estatuído a Constituição Federal, tanto a de 1946 quanto as posteriores, o processo de contribuição de melhoria para o Poder Público cobrar-se do custo de obras que valorizem os imóveis deles, não vigora mais o art. 27 do DL nº 3.365/41, que autoriza ao juiz compensar a indenização da desapropriação com a **mais-valia** que o melhoramento público acarreta para o réu.

2. O art. 27 do DL nº 3.365/41, cobrando a **mais-valia** só dos desapropriados, não se compatibiliza com a contribuição de me-

lhoria, que, pelo art. 18, II, da Constituição Federal e DL nº 195/67, partilha o custo da obra até o limite de vantagem ganha por todos os beneficiários, desapropriados ou não.” (RTJ 69/222.)

Considerando-se o aludido entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal, a proposta é no sentido de suprimir-se expressão “valorização ou” do art. 27 que ficaria assim redigido:

“O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais, ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário, à sua situação, estado de conservação e segurança, ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à depreciação da área remanescente, pertencente ao réu.”

Quanto a honorários de advogado, *data venia*, discordamos do respeitável julgado do Eg. Supremo Tribunal Federal que entendeu inaplicável nas desapropriações o artigo 20 do CPC:

“Os honorários devem ser calculados sobre a diferença entre o valor da oferta e o fixado para a indenização, não se aplicando, porém, o art. 20 do CPC nas desapropriações.” (RE 82.909 — DJ de 12-12-75, fls. 9.368.)

Para que a jurisprudência não se cristalice assim, injustamente — pois também as causas de desapropriação exigem do advogado, trabalho constante e aplicado — o § 1º do art. 27 ficaria redigido, com um acréscimo final, nos seguintes termos:

“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, de acordo com o § 3º do art. 20 do CPC.”

3) Artigo 35:

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

Seabra Fagundes diz que:

“Invalidado pelo Poder Judiciário o ato expropriatório por falta de motivo ou desvio de finalidade, isto é, negada a utilidade pública, ou afirmado o seu emprego para a satisfação de interesses privados, a restrição desse artigo é inaplicável por inconstitucional. Admiti-la seria permitir, por via oblíqua, a desapropriação sem o seu pressuposto necessário, nos termos do artigo 141, § 16, da Constituição — O INTERESSE PÚBLICO (“Da Desapropriação no Direito Brasileiro” — 1949 — Ed. Liv. Freitas Bastos, pág. 468.)

Cretella Júnior observa que:

“Constitucional quanto aos aspectos do agente, objeto e forma, o art. 35 é inconstitucional, quando estendido aos requisitos de motivo e finalidade, por ele inatingidos e, pois, suscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário, que reintegrará o proprietário no bem que lhe foi inconstitucionalmente desapropriado.” (**Comentários às Leis de Desapropriação — 1972 — SP, pág. 375.**)

Gilberto Siqueira Lopes registra:

“Anulado tal ato pelo juiz, ou pela própria Administração, ele deixa de existir e assim a desapropriação. O domínio do particular ressurgue e com ele o direito de reivindicar o imóvel.” (**RDP 26, pág. 60.**)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho assinala:

“Com o art. 35, valida-se uma posição irreversível. Restringe-se a proteção jurisdicional assegurada nos arts. 9º e 20. Impede-se qualquer providência contra a ilegalidade do procedimento administrativo, tornando a ação direta incosequente no seu alcance, em virtude da impossibilidade de atingir efeitos diretos sobre a coisa expropriada. A definitiva incorporação do bem ao patrimônio estatal remete a controvérsia para o plano da indenização posterior, que se resolverá em perdas e danos. Em se tratando de nulidade do processo, não há como recorrer à ação rescisória, pois os defeitos na espécie processual ficam sanados com a sentença final.

Limita-se, com a restrição imposta, o interesse de agir do prejudicado. No entanto, está na essência do instituto que o controle jurisdicional, na ação de desapropriação, engloba a fixação do justo-preço, as nulidades processuais e a verificação se o expropriante fundou a sua vontade numa das hipóteses permissivas.” (**Desapropriação — Ed. Saraiva — 1973, págs. 282/3.**)

É ainda o mestre Seabra Fagundes que, falando “Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo”, nos diz o seguinte:

“Admitir que o direito do expropriado, diante da pessoa jurídica expropriante, se reduza a perdas e danos (salvo no caso em que tenha perecido a coisa a ele tomada por pessoa de Direito Público, e transferida sem razão de interesse coletivo a terceiro), é frustrar a garantia constitucional. Com base nesse entendimento, a Administração poderá desapropriar qualquer bem, sob a alegação de atender ao interesse público, e, em seguida, transferi-lo, sem perigo de retomada do mesmo pelo ex-proprietário, a terceiro, cujos interesses pessoais queira satisfazer.” (**RDA 78, pág. 15.**)

S.m.j., a reformulação do art. 35 do DL nº 3.365/41, poderia, ainda, gerar equívocos. Melhor será, parece-nos, a supressão do dispositivo. Os bens incorporados à Fazenda Pública não são mesmo, em termos, susceptíveis de reivindicação por serem inalienáveis (Código Civil, art. 67), salvo

lei ou decisão judicial em contrário. Que o juiz, em cada caso concreto, ou o legislador, quando necessário, decidam com o esperado e desejado acerto.

4) Artigo 36:

“É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização.

O expropriante prestará caução, quando exigida.”

Seabra Fagundes entende que:

“A ocupação temporária, como é bem de ver, não constitui desapropriação. Por ela o expropriante apenas chama a si o uso temporário da coisa, sendo certo que a restituirá dentro de algum tempo.

Por isto o sistema adotado de indenização **a posteriori** não é inconstitucional. A indenização antecipada só foi exigida pela Constituição em se tratando de expropriação.” (**Da Desapropriação no Direito Brasileiro** — 1949 — Liv. Freitas Bastos, pág. 473.)

Data venia, discordamos do preclaro mestre. A Constituição (e desde a de 46 — art. 141, § 16) só tolera indenização ulterior, em caso de perigo iminente. O art. 153, § 22, da vigente Constituição, diz o seguinte:

“É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária.

Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.”

Tudo indica, pois, que — se não houver perigo público iminente — deve também ser prévia a indenização devida pela ocupação temporária.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, a propósito deste artigo 36, faz, a nosso ver, procedentes observações:

“Admite-se ocupação temporária como uma forma exclusiva de arrendamento forçado. No seu conteúdo, integrado como está o dispositivo na lei, torna-se a ocupação em desapropriação. Mas, desapropriação com o desapossamento do uso temporário da coisa.

Com uma falha, porém, quanto ao preceito constitucional; falha do não-cumprimento da indenização que deve ser prévia e não a final.” (**Desapropriação** — 1973 — ob. cit., pág. 283.)

A ocupação temporária, sem indenização prévia, estimula inconvenientemente a chamada desapropriação indireta:

“Ocorre a desapropriação indireta sempre que, na execução de qualquer obra pública, a administração ocupa, de modo definitivo,

uma propriedade privada, antes de recorrer ao processo expropriatório.

Se é verdade que o interesse público predomina sobre o particular, em se tratando de propriedade, salvo as exceções legais, a regra é que aquela só passa para o poder público quando expropriada regularmente, tenha sido indenizada antes. Na desapropriação indireta o pagamento é sempre posterior à ocupação definitiva.” (Roberto Barcellos de Magalhães — **Teoria e Prática da Desapropriação** — 1968 — pág. 35.)

Hely Lopes Meirelles escreve:

“A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios.

Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração.” (Hely Lopes Meirelles — **Direito Administrativo Brasileiro** — 4.^a ed., pág. 548.)

Juros compensatórios:

“Na desapropriação chamada indireta ou desapropriação que se concretiza sem processo expropriatório, os juros compensatórios devem ser contados a partir da posse em que, *sine jure*, o expropriante se investiu. Precedente do STF — Embargos de Divergência conhecidos e providos. Embargos no RE nº 63.351-SP — RTJ 68/74.

O eminente Ministro Aliomar Baleeiro já assinalou que é ilícita a desapropriação indireta:

“Não é menos certo que muitos acórdãos do STF, antes mesmo da Lei nº 4.685/65, mandam aplicar correção monetária às indenizações por atos ilícitos. E ilícito é ocupação de terreno particular sem indenização prévia e justa. Seria um escárnio pagar-se ao lesado menos de 10% do valor real do que lhe foi tomado arbitrariamente.” (RE nº 61.628-SP — RTJ, vol. 54/236.)

No Recurso Extraordinário nº 23.516-SP — o Eg. STF, pela sua 1.^a Turma, em Acórdão de 17-5-54, aprovou unanimemente voto do Ministro (Relator) Nelson Hungria, contendo este pronunciamento:

“No caso vertente, não precedeu desapropriação alguma, e a permitida ocupação temporária, como é óbvio, não é para o fim de construções permanentes no terreno alheio, mas para objetivo idêntico ao de que trata o art. 587 do Código Civil, isto é, uso

transitório do prédio alheio, quando indispensável à reparação ou limpeza, construção ou reconstrução do prédio vizinho.

Nenhuma aplicação, igualmente, podem ter, aqui, os invocados artigos do Código Civil. As perdas e danos ou indenização de que falam tais artigos não excluem a demolição da obra nova renunciada.

Nem jamais se atribuiu à Fazenda Pública, em épocas normais, o privilégio de invadir arbitrariamente a propriedade alheia e aí construir livremente, sem prévia desapropriação, para sujeitar-se tão-somente à sanção de perdas e danos." (RDA, vol. 59/291.)

Iícitas embora, as desapropriações indiretas continuam ocorrendo, conforme acórdãos do Eg. Supremo Tribunal Federal — mandando que as respectivas indenizações sejam feitas com correção monetária — proferidos nos Recursos Extraordinários nºs 47.712-RS, 65.546-GB, 54.129-GB e 71.562-SP, publicados na RTJ vols. 54/348, 55/94, 56/583 e 58/555.

Para a necessária alteração, o artigo 36 poderia ficar assim redigido:

"Mediante indenização na forma desta lei, é permitida a ocupação temporária de terrenos não edificadas, vizinhos às obras e necessários à sua realização."

5) Artigo 40

Ou, então, poder-se-ia suprimir o art. 36, reformulando-se o art. 40.

Redação atual do art. 40:

"O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei."

Redação proposta:

"O expropriante poderá constituir servidões e ocupações temporárias, mediante indenização na forma desta lei."

Esta modificação no art. 40, para fazê-lo abranger a ocupação temporária, nos foi sugerida pelos seguintes comentários de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

"Rigerosamente, o disposto no art. 40, advertindo sobre a constituição de servidões, não importa transferência pacífica ou compulsória da propriedade.

Essa servidão não faz desapropriação, mas é indenizável como um tipo de ocupação imposta pela utilidade pública." (Desapropriação — ob. cit., pág. 238.)

6) Artigo 37:

"Aquele, cujo bem for prejudicado extraordinariamente em sua destinação econômica pela desapropriação de áreas contíguas, terá direito a reclamar perdas e danos do expropriante."

A desapropriação para revenda (art. 4º) só é possível quanto a “zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço”. Neste caso, como acima se viu (item VII), pode ser manifestado o interesse social ou a utilidade pública que, ao contrário, não se verificam quando a indenização é injusta, como no art. 37, autorizando o pagamento só de prejuízos extraordinários.

A injustiça torna-se mais notória se confrontarmos o artigo 37 com o artigo 27, pelo qual a indenização devida ao expropriado deve abranger, sem exigências de configurações extraordinárias, a “... depreciação da área remanescente, pertencente ao réu”.

O art. 27, como se vê, não fala em depreciação **extraordinária**...

A falta de pagamento de prejuízos que não sejam extraordinários, descabidamente permitida pelo art. 37, é incompatível com as garantias constitucionais ao direito do proprietário.

Outra impropriedade que nos parece deva ser corrigida é onde o art. 37 diz que o proprietário “... terá direito a reclamar perdas e danos do expropriante.”

Será mais justo e lógico dar, àquele que for prejudicado, o direito a perdas e danos, e não o direito de **reclamar** perdas e danos.

É a seguinte, portanto, a redação que se propõe para o artigo 37:

“Aquele, cujo bem for prejudicado em sua destinação econômica pela desapropriação de áreas contíguas, terá direito a perdas e danos.”

CONCLUSÕES

As sugestões ora apresentadas procuraram acompanhar aquelas doutras ponderações, com as quais o Prof. Caio Tácito encerrou o seu brilhante trabalho sobre “Problemas Atuais da Desapropriação”, lembrando que:

“Não há direito individual tão forte que se possa opor 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 de política econômica, sem violentar a proteção de direitos patrimoniais, como é peculiar à nossa formação constitucional.”
(RDA 120/13 e RDP 31/12.)