

DESAPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL: REVISITAÇÃO DO TEMA À LUZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

**FRIENDLY EXPROPRIATION: THEME REVISITING
IN THE LIGHT OF CONTEMPORARY
ADMINISTRATIVE LAW**

**EXPROPIACIÓN: REVISITANDO TEMA A LA LUZ
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
CONTEMPORÁNEA**

*Felipe Mémolo PORTELA**

SUMÁRIO: Introdução; 1. Desapropriação; 1.1 Conceito; 1.2 Natureza jurídica; 1.3 O Decreto-lei 3.365/41 e a Constituição Federal; 1.4 Legitimidade ativa.; 1.5 Procedimento da desapropriação – visão tradicional; 1.6 Crítica à visão tradicional; 2. Vantagens da composição amigável no processo administrativo de desapropriação; 3. Objeto do acordo na desapropriação; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo o analisar instituto da desapropriação à luz das premissas do direito administrativo contemporâneo. Verifica-se que a construção teórica da desapropriação, e a leitura do Decreto 3.365/41, ainda se escoram em premissas do Direito Administrativo presentes no início da Década de 1940, sem uma reanálise mais profunda dos impactos das alterações sócio-político-jurídicas no Brasil, sobretudo após a Promulgação da atual Constituição. Entendemos que a Constituição Federal de 1988 impõe a releitura da desapropriação, sobretudo no que se refere ao seu procedimento. Inicialmente será feita breve análise do conceito de desapropriação, da sua natureza jurídica e da visão tradicional da doutrina sobre seu procedimento, seguida de uma análise crítica dessa visão tradicional. A seguir, analisarei a fase administrativa do processo de desapropriação, com ênfase na celebração de um contrato substitutivo da ação unilateral. O objetivo do estudo é submeter as concepções sobre o tema,

* Procuradoria-Geral Federal Advocacia-Geral da União. Pós graduado pela Univesidade de São Paulo, São Paulo. E-mail: portelafelipe@hotmail.com. Artigo submetido em 18/10/2014. Aprovado em 28/01/2015.

praticamente inalteradas há 70 anos, a uma análise crítica, para fomentar o debate à reflexão sobre o tema.

ABSTRACT: The present essay aims at analyzing the institute of expropriation under the influence of contemporary administrative law. It is found that the theoretical construction of expropriation and the reading of its fundamental law (Decreto-lei 3365/41) are still anchored on assumptions of Administrative Law present at the beginning of the 1940s, without a deeper reanalysis of the impacts of social, political and legal changes in Brazil, especially after the promulgation of the current Constitution. The Federal Constitution of 1988 imposes the reinterpretation of expropriation, particularly with regard to its procedure. Initially, a brief analysis will be made of the concept of expropriation, of its legal nature and the traditional view of its procedure on their course, which will be critically analyzed. On the next step, I will examine the administrative phase of the expropriation process, with emphasis on the celebration of a substitute contract instead of a unilateral act. The objective of this study is to submit the conceptions of the institute, almost unchanged in the last 70 years, to a critical analysis, to stimulate discussions and reflections on the topic.

RESUMEN: Este estudio tiene como objetivo analizar la expropiación a la luz de las premisas del derecho administrativo contemporáneo. Parece que la construcción teórica de la expropiación, y la lectura del Decreto 3365/41, aún anclan en premisas de Derecho Administrativo presente al comienzo del 1940 sin un profundo reexamen de la repercusión de los cambios sociales, políticos y jurídicos en Brasil, especialmente después de la promulgación de la actual Constitución. Entendemos que la Constitución Federal de 1988 dispone que la reinterpretación de la expropiación, en particular en lo que respecta a su procedimiento. Inicialmente será presentada una breve análisis del concepto de expropiación de su naturaleza jurídica y la visión tradicional seguido de un análisis crítico. A continuación, vamos examinar la fase administrativa del proceso de expropiación, con énfasis en la conclusión de una acción unilateral. El objetivo es presentar los puntos de vista sobre el tema, prácticamente sin cambios durante 70 años, un análisis crítico, para estimular el debate para reflexionar sobre el tema.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação. Desapropriação Amigável. Contrato. Processo Administrativo. Direito Administrativo.

KEYWORDS: Expropriation. Friendly Expropriation. Contract. Administrative Procedure. Administrative Law.

PALABRAS-CLAVE: Expropiación. Contrato. Procedimiento Administrativo. Derecho Administrativo.

INTRODUÇÃO

Em linhas bem simples, a desapropriação é a retirada do bem de outrem pelo Estado, mediante indenização. No Brasil, é no Decreto 3.365/41 que se encontram as principais regras aplicáveis, sobre as quais a doutrina estabeleceu as bases da concepção teórica sobre a desapropriação.

Esse núcleo central do instituto não se alterou desde sua origem, mas as mudanças jurídicas e políticas do século XX impedem que o mesmo seja tratado com os mesmos fundamentos da década de 1940, quando editado o Decreto-lei 3.365/41. Necessário, portanto, sua revisitação.

O presente artigo tem por objetivo, assim, questionar algumas proposições teóricas vigentes sobre a desapropriação, sem a pretensão de dar respostas definitivas às questões levantadas. A proposta é suscitar a reflexão e o debate sobre o tema.

Inicialmente, será feita breve análise sobre o instituto da desapropriação, bem como se buscará uma interpretação das regras do Decreto 3.365/41 à luz do texto constitucional e da Lei 9.784/99, analisando também soluções ofertadas pelo direito estrangeiro, sobretudo ibérico.

A seguir, farei análise da desapropriação amigável, seus limites e aplicação à luz da atual fase evolutiva do Direito Administrativo, sob a ótica do manejo, pela Administração, de instrumentos consensuais, notadamente o contrato.

Ao final, a desapropriação amigável será analisada de forma crítica, com base nas provocações suscitadas no decorrer dos capítulos anteriores.

1 DESAPROPRIAÇÃO

1.1 Conceito

A desapropriação pode ser definida como um processo administrativo destinado à prática de ato de força estatal de intervenção na propriedade, pela qual se retira do particular, com fundamento em interesse público, bem de seu domínio, mediante pagamento de indenização.

Trata-se de instituto antigo, que sempre acompanhou o próprio conceito de propriedade. Reconhecido o direito de alguém deter e utilizar algo como próprio, necessária a previsão de um meio de retirar dessa pessoa referido direito na hipótese do mesmo ser necessário a alguma finalidade pública, de interesse da coletividade. O estudo da desapropriação, assim, está umbilicalmente ligado ao estudo da própria propriedade.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “é a mais drástica das formas de manifestação do poder de império, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu domínio eminente sobre todos os bens existentes no território nacional.”¹

¹ MEIRELLES (2004: 576).

O referido autor adota da teoria do domínio eminente, pela qual o Estado teria sobre todo o território um direito público real, fundamentado na soberania sobre o seu território. Não se trata de direito de propriedade, mas sim um domínio abstrato sobre os bens que se encontram no território de um Estado.

A desapropriação, portanto, seria explicada por esse “domínio abstrato” de qualquer bem, móvel ou imóvel, pelo Estado. Essa concepção teórica encontra escoramento no dogma da supremacia do interesse público sobre o privado, e foi formulada em período anterior à formação do Estado de Direito.

Nesse sentido a crítica de Marçal Justen Filho², que sustenta impraticável essa concepção à luz do Estado de Direito, no qual a relação entre Estado e sociedade não pode ser marcada por uma superioridade dos interesses daquele em face dos administrados. Outras formulações, baseadas no “interesse social”³ ou no “fim do Estado”⁴ se contrapõe a ideia de domínio eminente.

Clovis Beznos defende que a desapropriação se fundamenta no próprio perfil constitucional do direito de propriedade. Os contornos do direito de propriedade seriam fixados pelo legislador, ao estabelecer condições para seu exercício, observado o princípio do devido processo legal⁵.

Essa visão parece a mais correta.

Com efeito, a limitação do direito de propriedade (que é inegável) não pode encontrar fundamento em um domínio superior do Estado, pois o Estado de Direito sempre reconheceu o direito individual de propriedade privada, elevando-o à categoria de elemento essencial à sua existência⁶. A possibilidade de retirar a propriedade de alguém deve encontrar fundamento no próprio direito de propriedade.

Esse fundamento é dado pelo conceito moderno de propriedade, integrado pela inerente função social que esse bem exercer. Essa ideia é expressamente defendida por Floriano de Azevedo Marques Neto, que propõe a releitura da teoria do domínio eminente à luz da função social da propriedade⁷.

Portanto, a função social da propriedade que conforma e limita o direito de propriedade, autorizando inclusive sua extinção, mediante prévia e justa indenização, quando necessária ao atingimento de um interesse público. Apenas nesse contexto

² JUSTEN FILHO, 2009:703

³ “O fundamento jurídico, pois, da desapropriação tradicional no nosso direito positivo subsuma-se no próprio perfil constitucional do direito de propriedade, que carrega uma carga de exaustão, diante da necessidade ou utilidade pública e interesse social, tal como a lei venha a dispor, com os limites lógicos que compreendem a relação de adequação com a estruturação da atividade administrativa, no objetivo da realização do interesse público, como supra-referido.” (SALLES, 2000:81).

⁴ FIGUEIREDO (2001:308)

⁵ BEZNOS (2006:33)

⁶ Lembremos que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que inaugura o Estado Moderno, reconhecia expressamente o caráter sagrado da propriedade, o que não significava sua intocabilidade: “Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.”

⁷ MARQUES NETO, 2009:80.

é possível admitir a ideia de desapropriação.

Dentre as características do instituto, Maria Silvia Zanella Di Pietro⁸ destaca as seguintes: a) necessidade de observar um procedimento; b) ter como sujeito ativo o Poder Público ou seus delegados e como sujeito passivo o proprietário do bem; c) ter como pressuposto necessidade pública, utilidade pública ou interesse social; e d) seu objeto é a perda do bem, condicionada (em regra) a reposição do expropriado por meio de justa indenização.

Esses elementos permanecem presentes. Contudo, alguns demandam uma reanálise, como demonstraremos a seguir.

1.2 Natureza Jurídica

A doutrina⁹ tradicionalmente identifica na desapropriação forma originária da aquisição da propriedade. A justificativa para tal entendimento é que na desapropriação não há transferência, mas efetiva retirada do bem do patrimônio do particular¹⁰. Essa posição dominante está correta na nossa visão.

De se notar, contudo, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem precedentes em sentido contrário, na hipótese da desapropriação efetivar-se administrativamente, isto é, por acordo. Assim, apenas no caso de propositura de ação de desapropriação há “ato de império”.

Nesse sentido o acórdão prolatado na Apelação Cível 083034-2, de relatoria do Desembargador Luís de Macedo:

Remanescente - apuração. Desapropriação amigável - modo derivado. Especialidade.

Princípio da especialidade. Descrição antiga e imprecisa, impondo a prévia apuração do remanescente para novo registro. Desapropriação amigável. Modo derivado de aquisição da propriedade. Registro inviável. Recurso a que se nega provimento.

No voto vencedor o argumento colacionado foi no sentido de reconhecer que na desapropriação amigável não há participação de um órgão externo imparcial, diferentemente do que ocorre na desapropriação judicial: “Não se trata de negar o direito do Poder expropriante na realização da expropriação, mas de limitar os processos amigáveis - que independem de decisão judicial - àqueles que não trazem qualquer dúvida sobre o bem objeto de alienação e sua titularidade.”

Tal raciocínio, contudo, não parece o mais correto. O julgamento supramencionado se sustenta muito mais em questões de ordem prática do que

⁸ DI PIETRO (2013:166).

⁹ Nesse sentido, DI PIETRO (2013:184); MEIRELLES (2004:577); MELLO (2005:805).

¹⁰ Há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao momento consumativo da transferência do bem, cuja análise escapa à proposta do presente artigo. Filiamos à corrente de que é a transferência ocorre no momento da formalização da escritura, no caso de acordo, ou na data do trânsito em julgado da ação de desapropriação, se não houver acordo.

jurídica, além de impor tratamento diferenciado entre a desapropriação amigável e a judicial. Prevalecendo esse entendimento, forçar-se-ia a Administração sempre a optar pela via judicial, para garantir maior segurança à transferência do bem, desestimulando a desapropriação que se resolve na via administrativa.

De se notar que a redução da judicialização dos conflitos, objetivo almejado por toda sociedade, impõe-se não apenas a Administração Pública, mas a todos os Poderes da República, constituindo um dos pilares do II Pacto Republicano¹¹, firmado pelos Chefes dos Três Poderes em 2009 e fundamento da recém criada “Estratégia Nacional de Não Judicialização” – ENAJUD, instituída pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria Interinstitucional nº 1.186 de 2 de julho de 2014¹².

Não há como admitir interpretação, à luz da atual Carta Constitucional, que estimule ou vincule, de qualquer forma, a desapropriação à propositura de uma ação judicial. Portanto, a desapropriação deve ser admitida como forma de aquisição originária da propriedade, independentemente de ser amigável ou judicial.

De se notar que a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo voltou a admitir a desapropriação amigável como forma originária de aquisição da propriedade, a partir do julgamento da Apelação Cível nº 990.10.415.058-2 de 07/07/2011, acórdão relatado pelo Corregedor Geral de Justiça Maurício Vidigal, confirmado em julgamentos posteriores.

Concluiu-se¹³, com acerto na nossa visão, que a mera concordância do particular com os termos da expropriação não desnatura a natureza da desapropriação e, conseqüentemente, seu caráter originário de aquisição da propriedade.

1.3 O Decreto-lei 3.365/41 e a Constituição Federal

A Constituição Federal remeteu a lei ordinária o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, nos termos do artigo 5º, inciso XXIV. A regra geral, nos termos da referida norma, condiciona a desapropriação a indenização justa e prévia, salvo nas hipóteses em que a própria Constituição Federal dispensa este último requisito.

A dispensa da indenização prévia é prevista hoje para a desapropriação urbana, prevista como forma de sanção ao proprietário de solo urbano que não o edificada, nos termos do artigo 182, § 4º, inciso III. Há indenização, mas por meio de títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até 10 anos.

¹¹ Um dos objetivos do pacto é “aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos”. Também firmou-se o compromisso de “d) fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”.

¹² Pelo artigo 1º da referida portaria, “Art. 1º Fica instituída a Estratégia Nacional de Não Judicialização - ENAJUD, com o objetivo de formalizar articulação interinstitucional e multidisciplinar para desenvolver, consolidar e difundir os métodos autocompositivos de solução de conflitos, promover a prevenção e a redução dos litígios judicializados, contribuir para a ampliação do acesso à justiça e para a celeridade e a efetividade dos direitos e das garantias fundamentais.

¹³ Nesse sentido: Apelação Cível nº 0000024-88.2011.826.0213, Relator José Renato Natalini, julgamento em 19/07/2012.

Também dispensada a indenização prévia para a desapropriação rural, nos termos do artigo 184, *caput*.

Plenamente justificável essa diferenciação feita pelo constituinte, pois tanto a desapropriação urbana quanto a rural tem um caráter inerente de sanção pelo descumprimento da função social da propriedade.

No caso da necessidade ou utilidade pública, e do interesse social, há também imposição da restrição do direito de propriedade por força de uma função social a ser desempenhada pelo bem, mas sem qualquer relação com a conduta do proprietário. Não há um uso do bem em desconformidade com uma inerente função social da propriedade, que é seu uso com finalidades positivas, produtivas. O que ocorre é que surge um interesse público que legitima a retirada de um bem de terceiro independentemente do uso adequado que vinha sendo dado ao mesmo.

A desapropriação urbana tem seus contornos fixados no Estatuto da Cidade, e a desapropriação rural na Lei Complementar nº 76/93.

O Decreto-lei 3.365/41, por outro lado, estabelece regras gerais de procedimento para as demais formas de desapropriação.

O referido Decreto-lei foi editado sob a vigência da Constituição de 1937, que estabelecia o direito de propriedade condicionado a inexistência de interesse social ou coletivo que justificasse sua desapropriação:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

14) 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 lhe regularem o exercício. (Redação da pela Lei Constitucional nº 5, de 1938)

O diploma legislativo permaneceu, praticamente inalterado, nas Constituições subsequentes, apenas estabelecendo a necessidade de que a indenização, além de prévia, fosse justa.

A Constituição de 1946 autorizava, no § 16 do artigo 141, “a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.” Assim, em relação à Constituição anterior, se estabeleceu a obrigatoriedade de indenização prévia. A Constituição de 1967 manteve inalteradas as condições para desapropriação (artigo 150, § 22).

Já a atual Constituição trouxe alteração fundamental para interpretação da desapropriação.

A Constituição Federal de 1988 conforma o direito de propriedade – e a desapropriação - fundamentalmente, nos seguintes incisos do artigo 5º:

XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;
XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Tais dispositivos estabelecem um quadro normativo no qual: 1) é assegurado o direito de propriedade, sempre conformado pela sua função social; 2) a desapropriação é cabível, nos termos da lei; 3) qualquer restrição ao direito de propriedade demandará um processo administrativo célere, que garanta a ampla defesa e o contraditório.

É nesse contexto que devem ser interpretados os dispositivos do Decreto-lei 3.365/41. Não é possível interpretar suas normas com base nas concepções teóricas, políticas e sociais que vigiam na época de sua edição.

O Decreto-lei 3.365/41 foi editado em pleno Estado Novo de Getúlio Vargas, marcado por forte intervencionismo e autoritarismo. O referido diploma normativo foi elaborado em um contexto de municiar o Estado com forte apurado de intervenção na sociedade e na economia. O historiador Boris Fausto¹⁴ descreve assim o Estado Novo:

“Podemos sintetizar o Estado Novo sob o aspecto socioeconômico, dizendo que representou uma aliança da burocracia civil e militar e da burguesia industrial, cujo objetivo comum imediato era o de promover a industrialização do país sem grandes abalos sociais. A burocracia civil defendia o programa de industrialização por considerar que era o caminho para a verdadeira independência do país; os militares porque acreditavam que a instalação de uma indústria de base fortalecia a economia – um componente importante de segurança nacional; os industriais porque

¹⁴ FAUSTO, 2007:367

acabaram se convencendo de que o incentivo à industrialização dependia de uma ativa intervenção do Estado.”

Portanto, necessário reanalisar não apenas os dispositivos do Decreto-lei 3.365/41, interpretando-os à luz da atual Carta Constitucional, mas também revisitar o próprio entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre a desapropriação e seu procedimento, tarefa a que me dedico nos itens subsequentes.

1.4 Legitimidade ativa

Em geral se reconhece a competência da Administração para promover a desapropriação. Com fundamento no artigo 3º do Decreto 3.365/41¹⁵, admitida também que a execução da desapropriação seja promovida por concessionárias de serviços públicos ou delegatários de atividade pública.

Na visão tradicional do Direito Administrativo, o Estado tem poderes por conta de uma supremacia de seus interesses sobre os interesses privados. Nesse sentido, só ele Estado é que poderia exercer seu poder de império sobre o particular para lhe retirar um bem. Só o Estado poderia desapropriar.

No entanto, não se vislumbra, a princípio, nenhum impedimento para que a Administração autorize que um particular a executar os atos de desapropriação, seja por meio de acordo, seja por meio do manejo de ação judicial.

O que não se admite, em nenhuma circunstância, é a desapropriação para atendimento de fim particular, como exposto por Carlos Ari Sundfield, Jacintho Arruda Camara e Rodrigo Pagani de Souza¹⁶.

Tal situação não se confunde com o particular que pratica atividade de interesse público. A existência de um interesse particular não descaracteriza o interesse público subjacente. Não existe, *a priori*, uma contraposição entre interesse público e privado. Ambos podem conviver, e o Direito Administrativo sempre admitiu essa coexistência¹⁷.

De se notar que, pela posição dos autores¹⁸ supra referidos, há necessidade de previsão expressa em lei do interesse público exercido por particular que justificaria a desapropriação. Assim, apenas o legislador é que poderia estabelecer situações específicas de “interesses públicos”, *numerus clausus*, em que o particular

¹⁵ Art. 3º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

¹⁶ A desapropriação, nesses casos, tem como objetivo atingir finalidades públicas, embora as atividades previstas para os imóveis atingidos venham a ser realizadas por empresas privadas. O que a jurisprudência tem apontado como incorreto é a declaração de utilidade pública para satisfazer interesses meramente privados. A utilização dos bens desapropriados por entidades privadas, para objetivos considerados de utilidade pública, não é vedada, existindo vários exemplos legalmente estipulados.” (SUNDFIELD, CÂMARA, SOUZA, 2012:105)

¹⁷ Desde as origens dos institutos da permissão e concessão de serviços públicos, se admitiu que estes atendem tanto às finalidades da Administração (prestação do serviço) quanto ao interesse exclusivo do particular (atividade empresarial), sem uma real contraposição.

¹⁸ SUNDFIELD, CÂMARA, SOUZA, 2012:95

poderá proceder aos atos de expropriação. A necessidade de previsão legal expressa tem prevalecido nos Tribunais:

APELAÇÃO CIVEL. Ac'ao de desapropriac'ao. SAO PAULO OBRAS üy SP-OBRAS. Legitimidade ativa demonstrada. Empresa criada pela Lei Municipal n.o 15.056/2009, com personalidade juridica propria e com capacidade postulatoria atribuida por lei, cujo contrato social foi aprovado pelo Decreto Municipal n.o 51.415/2010. Delegac'ao de atribuic'oes perfeitamente possivel. Sequer o parametro supostamente violado (norma ou principio da Constituc'ao) foi referido na decisao monocratica, sendo clara a constitucionalidade da norma. Sentenc'a cassada. Recurso provido. (Apelação Cível nº 0042778-40.2011.8.26.0053, Relator(a): Oswaldo Luiz Palu, Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 03/09/2014)

Tal entendimento, contudo, encontra menos amparo no direito positivo do que no dogma da cristalização do interesse público em diplomas legais, servindo o administrador como mero executor da vontade estatal.

Há uma diferença entre ter funções e competências fixadas em lei (protegendo o cidadão, fim máximo do Direito) e ter que aplicar automaticamente a lei, como se fosse possível ao legislador estabelecer regras específicas para cada ato praticado pelo Estado, seja dando a solução final, seja estabelecendo uma margem de atuação com soluções pré-definidas, papel normalmente atribuído à discricionariedade administrativa¹⁹:

“Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis”.

Em que pese Maria Sylvia Zanella Di Pietro se referir os “aspectos práticos” como fundamento da discricionariedade, os fundamentos acima apresentados demonstram a necessidade jurídica da transferência de margem de decisão à Administração intervencionista. A própria previsão de direitos fundamentais na

¹⁹ DI PIETRO, 2013:221

Constituição impõe ao Estado, incluindo os Três Poderes, dever de garanti-los e efetivá-los, sem dependência da edição de normas infraconstitucionais para tanto.

Enfim, a tentativa de sempre identificar na lei um interesse público aplicável ao caso concreto gera duas consequências: desprestígio de outros interesses públicos relevantes; e engessamento da atuação estatal pela falta de previsão legal de um interesse público no caso concreto²⁰.

Concordamos, integralmente, com a colocação de Onofre Alves Batista Júnior²¹:

“A Administração Pública não pode perseguir fins diversos daqueles relativos a interesses consagrados pela CRFB/88 e por legislações específicas. Por outro giro, os diversos órgãos e entes da Administração não podem deixar de dedicar aos interesses públicos consagrados pela CRFB/88 e pelas leis, pelo menos, considerações. O que ocorre é que os órgãos administrativos não podem zelar por interesses públicos primários descurando de outros interesses igualmente públicos. A título de ilustração, a Administração Pública deve realizar o interesse público primário que lhe compete sem deixar de lado o interesse público secundário de proteção ao trabalho, inclusive os de seus próprios empregados públicos. Esses outros interesses públicos, assim, consistem em consequência lógica das finalidades postas pela própria CRFB/88, que devem ser observadas por todos os órgãos da Administração Pública, mesmo como interesses públicos secundários.”

Assim, ainda que não exista dispositivo legal expresso autorizando um particular a promover os atos executivos da desapropriação, se reconhecido um interesse público na sua consecução, não se vislumbra vedação no ordenamento para que o particular atue nesse sentido.

1.5 Procedimento da desapropriação – visão tradicional

A doutrina tradicionalmente reconhece na desapropriação mero procedimento, dividindo-o em duas fases estanques e bem definidas: 1) fase declaratória, na qual o Poder Público expropriante (Executivo ou Legislativo) declara a utilidade pública ou o interesse social do bem para fins de desapropriação; e 2) fase executória, que compreende uma fase administrativa e, eventualmente, uma fase judicial.

²⁰ Chega-se assim à situação paradoxal de impor a lógica do medo na Administração Pública, no qual o administrador, com receio de ser questionado por órgãos de controle, Ministério Público ou pelo Poder Judiciário, deixa de tomar qualquer atitude, por “falta de previsão legal”. Transfere-se o papel da lei de proteção do cidadão para proteção (por omissão) do administrador, que deixa de atender aos reclamos constitucionais escorado no dogma da legalidade estrita. A lei passa a ser instrumento de inércia e ineficiência do Estado.

²¹ BATISTA JÚNIOR, 2007:61.

Nesse sentido, qualquer desapropriação no Brasil pressupõe e se inicia com o ato formal de declaração de utilidade pública ou interesse social do bem. Uma vez publicada a declaração, a Administração pode promover automaticamente os atos para efetivá-la, sem qualquer manifestação do Poder Judiciário. Ao particular resta impugnar judicialmente o ato²².

Declarada a utilidade pública, inicia-se a fase executória, na qual o poder público poderá entabular um acordo com o particular ou a promover judicialmente. Cabe exclusivamente à Administração apurar a conveniência e oportunidade na celebração do acordo²³.

O limite do acordo administrativo se limita ao montante da indenização devida pela desapropriação. Nenhum outro tema é passível de transação, pois decorre de ato incontestável da Administração. Caso as partes cheguem ao consenso, a transação é formalizada, observando as formalidades estabelecidas para a compra e venda, exigindo-se, em caso de bem imóvel, escritura transcrita no registro de imóveis.

Como se trata de um acordo apenas quanto ao preço, a própria denominação doutrinária de “desapropriação amigável” seria inadequada:

“Por isso é que nos parece sumamente impróprio falar em desapropriação amigável, porque a expropriação é, sempre, a transferência forçada ou compulsória da propriedade particular para o Estado ou seus delegados.”²⁴

Assim, há compulsoriedade quanto à perda do bem, havendo acordo apenas em relação ao montante da indenização, sem necessidade de ação judicial²⁵.

1.6 Crítica à visão tradicional

A doutrina e jurisprudência brasileiras se assentam em dogmas não sustentados pelo direito positivo para delimitação das fases da desapropriação e limitação ao objeto do acordo na desapropriação.

Nesse sentido, a divisão da desapropriação na fase declaratória, inaugural do procedimento e exclusiva do Poder Estatal, e outra executória, no qual participaria

²² Nas palavras de Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “Trata-se de decisão executória do Poder Público, no sentido de que não depende de título fornecido pelo Poder Judiciário para subjugar o bem. O particular que se sentir lesado por verificar algum vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato poderá impugná-lo judicialmente pelas vias ordinárias ou por mandado de segurança, podendo inclusive pleitear liminar que suste o procedimento da desapropriação até que haja apreciação judicial da validade do ato. Essa impugnação é possível ainda que a declaração de utilidade pública seja feita por lei, já que neste caso se trata da chamada lei de efeito concreto (lei em sentido formal, porque emana do Legislativo; mas ato administrativo em sentido material, porque alcança pessoa determinada).” (DI PIETRO, 2013:170-171).

²³ Nesse sentido, a crítica de Odete Medauar: “o expropriante não é obrigado a propor acordo administrativo, embora fosse desejável mudança na lei para se incluir a obrigatoriedade dessa fase” (MEDAUAR, 2002:403). Em sentido contrário, José Carlos de Moraes Salles, que entende que “o acordo deve ser sempre tentado” (SALLES, 2006:245)

²⁴ MORAES, 2006:244

²⁵ Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (MELLO, 2005:811).

o Poder Expropriante e o particular, não se amolda ao modelo de Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição Federal de 1988, sobretudo por força dos dispositivos mencionados no item 2.2 acima.

Em primeiro lugar, não se vislumbra mais como possível tomar a decisão unilateral de desapropriar o bem de uma particular sem, primeiro, permitir sua participação nesse processo. O inciso LIV do artigo 5º da CF condiciona a privação dos bens ao devido processo legal.

Não há dúvida que a desapropriação deve ser tratada como um processo administrativo. Admitir que este processo se inicie com a declaração de utilidade, que não pode ser impugnada (administrativamente) pelo particular, implica em privar o particular de seus bens sem permitir sua participação, por meio de um processo que garanta ampla defesa e contraditório, exigidos pelo inciso LV do artigo 5º da CF.

Não há nenhum fundamento legal ou constitucional para impedir impugnação formal pelo particular da declaração de utilidade pública, que é um ato administrativo. O artigo 2º do Decreto 3.365/41²⁶ apenas faz referência à necessidade da declaração de utilidade pública para efetivar-se a desapropriação. Não torna esse ato inexpugnável e intangível pelo particular.

O Código de Expropriações em Portugal (Lei 168/99) estabelece um procedimento anterior à declaração de utilidade pública, que vislumbramos plenamente aplicável no Direito Brasileiro. Na verdade, tal modelo se amolda plenamente ao espírito da Lei 9.784/99²⁷, lei que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal.

A Lei portuguesa, no artigo 10²⁸, prevê a “resolução de expropriar”, ato

²⁶ Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

²⁷ Pelo artigo 69 da Lei 9.784/99, seus dispositivos se aplicam, de forma subsidiária, a qualquer outro procedimento administrativo específico regulamentado por leis esparsas. Dessa forma, o processo administrativo do Decreto 3.365/41 deve se adequar a suas normas.

²⁸ Artigo 10.º Resolução de expropriar

1 - A resolução de requerer a declaração de utilidade pública da expropriação deve ser fundamentada, mencionando expressa e claramente:

- a) A causa de utilidade pública a prosseguir e a norma habilitante;
- b) Os bens a expropriar, os proprietários e demais interessados conhecidos;
- c) A previsão do montante dos encargos a suportar com a expropriação;
- d) O previsto em instrumento de gestão territorial para os imóveis a expropriar e para a zona da sua localização.

2 - As parcelas a expropriar são identificadas através da menção das descrições e inscrições na conservatória a que pertençam e das inscrições matriciais, se não estiverem omissas, ou de planta parcelar contendo as coordenadas dos pontos que definem os limites das áreas a expropriar, reportadas à rede geodésica, e, se houver planta cadastral, os limites do prédio, desde que situados a menos de 300 m dos limites da parcela, em escala correspondente à do cadastro geométrico da propriedade ou, na falta deste, em escala graficamente representada não inferior a 1:1000, nas zonas interiores dos perímetros urbanos, ou a 1:2000, nas exteriores.

3 - Os proprietários e demais interessados conhecidos são identificados através do nome, firma, denominação, residência habitual ou sede.

4 - A previsão dos encargos com a expropriação tem por base a quantia que for determinada previamente em avaliação, documentada por relatório, efectuada por perito da lista oficial, da livre escolha da entidade interessada na expropriação.

5 - A resolução a que se refere o n.º 1 anterior é notificada ao expropriado e aos demais interessados cuja morada seja conhecida, mediante carta ou ofício registado com aviso de recepção.

formal do ente expropriante de “requerer a declaração de utilidade pública”.

Este ato deve ser fundamentado, indicando “a) A causa de utilidade pública a prosseguir e a norma habilitante; b) Os bens a expropriar, os proprietários e demais interessados conhecidos; c) A previsão do montante dos encargos a suportar com a expropriação; d) O previsto em instrumento de gestão territorial para os imóveis a expropriar e para a zona da sua localização.”

A resolução deve, obrigatoriamente, prever os encargos com a expropriação, fixados com base em laudo pericial (item 4 do artigo 10). Finalmente, deve o expropriado e demais interessados serem notificados formalmente (item 5 do artigo 10).

Feita a notificação, há ainda a obrigação²⁹, estabelecida no artigo 11³⁰, da entidade interessada na desapropriação de diligenciar no sentido de adquirir os bens por via de direito privado, isto é, compra e venda, permuta, etc. A notificação da resolução de expropriar deve conter a proposta de aquisição, com base no laudo exigido no artigo anterior.

O proprietário tem o prazo de 20 dias (ou 30, no caso de publicação por edital) para se manifestar sobre a proposta, podendo apresentar contraproposta com base em laudo pericial por ele solicitado. A recusa ou falta de resposta confere à entidade interessada a faculdade de apresentar o requerimento para declaração de utilidade pública.

Dessa forma, o modelo português estabelece um procedimento preliminar, anterior à declaração de utilidade pública, que permite a manifestação e participação do interessado potencialmente atingido antes do ato de expropriação, que significa, na prática, a própria perda do bem.

Se o nosso direito também exige essa participação, na própria Constituição Federal, o Decreto-lei 3.365/41 demanda uma nova interpretação para se amoldar ao atual modelo constitucional garantista. E a análise sistemática da Lei 9.784/99 impõe a mesma conclusão.

Dentre os direitos dos administrados, consta no artigo 3º, inciso II, da referida lei, o de “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”. E são definidos como interessados “aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”.

Além de ter ciência sobre tudo o que está sendo deliberado, o interessado em processo administrativo “poderá, na fase instrutória e antes da tomada de

²⁹ “1 - A entidade interessada, antes de requerer a declaração de utilidade pública, deve diligenciar no sentido de adquirir os bens por via de direito privado, salvo nos casos previstos no artigo 15.º, e nas situações em que, jurídica ou materialmente, não é possível a aquisição por essa via.”

³⁰ Artigo 11.º Aquisição por via de direito privado

1 - A entidade interessada, antes de requerer a declaração de utilidade pública, deve diligenciar no sentido de adquirir os bens por via de direito privado, salvo nos casos previstos no artigo 15.º, e nas situações em que, jurídica ou materialmente, não é possível a aquisição por essa via.

decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo” (artigo 38, caput), e tais provas e manifestações deverão ser apreciadas na motivação do relatório e constar da decisão (artigo 38, § 1º).

Assim, por força dos dispositivos da Lei 9.784/99, o interessado deve ser intimado da instauração de processo administrativo que diga respeito ao seu patrimônio, poderá se manifestar e produzir provas e sua participação deverá ser observada pela administração na motivação do ato. Sendo a declaração de utilidade pública um ato administrativo que repercute violentamente na esfera de terceiros, não vemos como seria possível adotar outro modelo também para a desapropriação.

Lembremos que negar acesso ao interessado na fase anterior à declaração de utilidade pública significa reconhecer que a administração está tomando medida unilateral sem um processo. A colheita de informações, elaboração de pareceres técnicos, consulta aos departamentos jurídicos, e qualquer medida anterior à declaração de utilidade pública seria apenas um procedimento, isto é, uma formalidade, para emissão de um ato unilateral da Administração Pública³¹.

Interessante é que se admite com muita naturalidade que o ato de declaração de utilidade pública é inexpugnável, mesmo diante de uma Administração Pública totalmente vinculada à processualidade. Diante do ato administrativo que traz a maior carga de força, além da própria restrição da liberdade, se aceita, com passividade, que o administrado deve se submeter à vontade suprema da administração, não como cidadão, mas como súdito.

Mas não apenas a fase declaratória merece ser repensada. A fase procedimental, especialmente a fase administrativa, também recebe tratamento incompatível com o atual estágio teórico do Direito Administrativo, e as regras constitucionais que regem a atuação da Administração Pública.

Como exposto no item anterior, a doutrina³² costuma restringir a fase administrativa da execução do procedimento de desapropriação à celebração de um acordo, previsto no artigo 10. Outrossim, o objeto desse acordo se limita ao montante da indenização.

Analisando o Decreto 3.365/41, contudo, não se vislumbra vedação quanto aos limites do acordo. A redação do artigo 10 declara que a desapropriação “deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente”, sem qualquer restrição quanto à forma e objeto deste acordo.

³¹ A diferença entre processo e procedimento é dada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício da função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for 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. O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.” (DI PIETRO, 2013:684)

³² CRETELLA JUNIOR, 1992:251

A limitação decorre da interpretação do dispositivo à luz da teoria do direito administrativo vigente na década de 1940, em pleno Estado Novo getulista, no qual o interesse público, pré-definido pela lei³³, compelia o administrador à prática de atos administrativos autoritários. Essa interpretação, contudo, permanece até hoje, sem acompanhar a evolução que os demais institutos do direito administrativo sofreram nos últimos 70 anos.

Não há nenhuma vedação legal que impeça as partes de celebrar um acordo amplo sobre o objeto da desapropriação. O que é indisponível, no caso, é o interesse público que determina a expropriação do bem. Sobre isso o particular e o administrador não podem dispor no contrato, até porque, como exposto acima, essa decisão decorreu (retius, deveria decorrer) de um processo administrativo no qual a ponderação de interesses para edição do ato já foi realizada.

Os instrumentos que serão utilizados para atingir esse fim público, a busca de uma solução concertada que atenda da melhor forma os interesses particulares sem prejudicar o interesse público protegido, podem ser buscados pelas partes de forma livre, dentro do direito.

Dessa forma, conclui-se que o procedimento da desapropriação merece uma revisão, seja pela exigência do devido processo administrativo, no qual deve ser observada a ampla defesa e o contraditório, nos termos do artigo 5º, bem como de diversos dispositivos da Lei 9.784/99, seja porque não há sentido em limitar a margem de discricionariedade da administração para negociar a melhor forma de proceder à desapropriação, em nome de uma abstrata prevalência ou supremacia de interesse público.

2 VANTAGENS DA COMPOSIÇÃO AMIGÁVEL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DESAPROPRIAÇÃO

A busca de solução consensual normalmente é vantajosa para a Administração. Torna a atuação administrativa mais célere e econômica. Da maior segurança jurídica, antecipando a posição das partes antes do surgimento de uma ação judicial. Gera menos resistência por parte do particular atingido, justamente porque o mesmo participa, ainda que de forma mitigada, da tomada da decisão. Nas palavras de Fernando Dias Menezes de Almeida³⁴:

O recurso ao módulo convencional substitutivo da decisão unilateral tem, portanto, o sentido finalístico de aproveitarem-se os benefícios inerentes aos aspectos funcionais da essência contratual, propiciando a pacificação social a partir do respeito à confiança e à palavra consensualidade dada – além de potenciais vantagens pragmáticas ligadas à celeridade e eficiência das medidas almejadas.

³³ A ilusão de um rol supostamente taxativo de casos de utilidade pública fixado no artigo 5º do Decreto 3.365/41 é exemplo da tentativa de vincular a atuação da Administração aos “estritos termos da lei”.

³⁴ ALMEIDA, 2012:298

As mesmas vantagens são auferidas pelo administrado: economia, segurança e celeridade.

Essa chamada do particular para participar da decisão administrativa é a tendência no direito administrativo moderno. A Lei de Processo Administrativo Alemã, de 1976, que prevê no parágrafo 54 a possibilidade de manejo de contrato administrativo para edição de um ato administrativo³⁵. Itália, Espanha e Portugal seguem o mesmo modelo.

Portanto, a Administração opta por deixar de praticar um ato imperativo à sua disposição, substituindo por um contrato, que estabelecerá obrigações recíprocas. Avançamos do estágio anterior de superação do ato pelo processo, para substituir ambos pelo contrato.

Esse modelo de ato administrativo decorrente de uma relação contratualizada é o que Onofre Alves Batista Júnior denomina contrato administrativo alternativo³⁶. Para seu manejo, o autor³⁷ aponta cinco requisitos que devem estar presentes no caso concreto: 1) relação jurídico-administrativa controvertida, em curso ou potencial; 2) vontade de transigir; 3) capacidade do interessado e competência administrativa para transigir; 4) envolver direito disponível ou autorização legal; 5) concessões recíprocas.

Além do contrato substitutivo, há também o contrato integrativo, pelo qual a Administração se compromete durante o processo de edição do ato. Não se substitui o ato unilateral pelo contrato, mas se estabelece regras contratuais que devem ser seguidas para prática do ato final. O acordo integrativo é instrumento para atingir um ato unilateral melhor.

Parece-nos claro que se chegar a uma decisão mediante acordo não significa renunciar ao exercício de competências ou omitir o desempenho dos poderes – que, simultaneamente, são deveres, dado seu sentido funcional. Significa tão somente a adoção de certo procedimento de decisão.

Como lembra Fernando Dias Menezes de Almeida³⁸,

“O atentado ao interesse público há de se verificar pelo conteúdo da decisão, seja ela decorrente do exercício de poder unilateral da Administração, seja decorrente de acordo. Neste sentido, aliás, as referências vistas do Direito espanhol e do italiano ao necessário respeito

³⁵ Fernando Dias Menezes de Almeida, citando o autor alemão Hartmut Mauerer, explica que esse contrato que substitua a decisão unilateral pode tanto ter a natureza de um contrato de transação, encerrando eventual incerteza sobre questão de fato ou direito, como pode estabelecer um contrato de intercâmbio (no qual se criam obrigações recíprocas). O acordo sobre o valor da indenização da desapropriação é elencado como contrato de transação. (ALMEIDA, 2012:299).

³⁶ “Mediante o manejo dos contratos administrativos alternativos, a Administração renuncia ao emprego de potestades de imposição unilateral e, buscando maior eficiência administrativa, persegue o melhor interesse público possível mediante o estabelecimento de solução concertada com o administrado. Parte-se, entretanto, do pressuposto de que, caso não seja possível o acordo, a solução escolhida será imposta unilateralmente pela Administração, fazendo uso de seus poderes que, para tanto, tenham sido outorgados pela lei.” (BATISTA JUNIOR, 2007:325)

³⁷ BATISTA JUNIOR, 2007:328.

³⁸ ALMEIDA, 2012:302.

ao interesse público nos acordos em questão.”

Seria exemplo de módulo convencional empregado pela Administração em substituição de sua decisão unilateral, o acordo feito extrajudicialmente para a realização de desapropriação (Decreto-Lei n. 3.365/41, art. 10).

Esse acordo assemelha-se estruturalmente à compra e venda, mas dela se distingue pela possibilidade de se fazer substituir por uma decisão unilateral – possibilidade que se vincula a circunstâncias específicas, tais como o enquadramento da situação nas hipóteses de utilidade ou necessidade pública ou de interesse social e o reconhecimento desse enquadramento mediante um ato formal de autoridade (declaração expropriatória).

De se notar que a previsão expressa desse “acordo” no Decreto 3.365/41 afasta qualquer alegação de sua inviabilidade. Não se questiona a possibilidade de se transigir quanto à desapropriação. O problema do modelo idealizado pela doutrina é a redução drástica quanto ao objeto da transação.

3 OBJETO DO ACORDO NA DESAPROPRIAÇÃO

Como exposto acima, tradicionalmente se tem admitido a transação apenas quanto ao montante da indenização. A desapropriação, por ser ato estatal, não poderia ser objeto do acordo (indisponibilidade) e, apenas porque o artigo 10 do Decreto-Lei 3365/41 autoriza, seria possível que a própria administração convencionasse com o atingido esse valor.

No entanto, não vemos como possível, à luz de tudo o que já foi dito, aceitar essa restrição do objeto do contrato de desapropriação.

Em que pese não se encontrar manifestações da doutrina a respeito, há precedentes jurisprudenciais que reconhecem a legitimidade do acordo para além do montante do valor da indenização.

O STJ tem precedente que reconheceu como válida cláusula em contrato de desapropriação no qual o Poder Expropriante se comprometeu a construir uma via de acesso para o restante da área desapropriada.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. ÁREA REMANESCENTE. CONSTRUÇÃO DE ESTRADA DE ACESSO. OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELA RECORRENTE. DESCUMPRIMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL. CÓDIGO CIVIL.

1. A recorrente não trouxe nenhum julgado como paradigma, o que implica o não-conhecimento do recurso especial interposto pela alínea “c” do permissivo constitucional.

2. A instância ordinária conclui que durante a desapropriação amigável de parte do imóvel do recorrido, Furnas teria se obrigado a construir uma estrada de acesso à gleba remanescente.

3. A obrigação de fazer decorreu do acordo entre as partes e possui natureza

essencialmente pessoal, o que direciona o prazo de prescrição para o Código Civil, não sendo aplicável o artigo 10, parágrafo único, do Decreto-Lei 3.365/41. O direito subjetivo do autor surgiu, não do ato administrativo de desapropriação, mas do negócio jurídico firmado entre as partes.

4. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 1155101/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 23/11/2010)

Em parte do voto do relator, reconheceu-se a existência de um acordo entre as partes (negócios jurídico), fonte da obrigação de fazer, cujo objeto consistiria na construção da estrada de acesso: “a pretensão manifestada nos presentes autos possui clara feição obrigacional e decorre, não do ato administrativo de desapropriação, mas do acordo entre as partes para a construção da estrada, aqui nasceu a obrigação de fazer.”

Também parece plenamente legítimo que as partes negociem o prazo para desocupação do imóvel. Por exemplo, pode o particular aceitar o valor oferecido pela Administração, mas necessitar ocupar o imóvel por mais 12 meses para encontrar um novo imóvel. Não havendo um prejuízo para o interesse público almejado, é perfeitamente lícito convencionar esse prazo de saída.

Também não se vislumbra, *a priori*, nenhum impedimento para que o acordo restrinja a área do bem que será desapropriada, após demonstração pelo interessado, comprovada pela Administração, de que a restrição não trará qualquer prejuízo ao interesse público, ou ônus adicional ao erário.

Nessa ótica, verifica-se que o acordo substitutivo ou alternativo não se limita apenas ao valor da indenização, mas pode abranger qualquer interesse disponível das partes ou, em determinados casos, até a declaração de utilidade pública em si, quando essa se mostre equivocada ou danosa à Administração, como no exemplo de restrição da área inicialmente designada para a desapropriação, que implicaria em maiores custos ao Erário.

Importante ressaltar que, uma vez estabelecido um pacto, se sujeita a Administração aos seus termos. Não pode alegar que seu descumprimento não deve observar as regras da legislação, sobretudo o código civil, em nome de uma supremacia do interesse público que não encontra espaço no desenho constitucional do Estado Democrático de Direito.

Há precedente do STJ afastando a aplicação de cláusula leonina pela Administração, aplicando ao contrato as regras do Código Civil:

DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. ACORDO CELEBRADO PELAS PARTES FIXANDO O VALOR DA PARCELA DA INDENIZAÇÃO EM MOEDA CORRENTE. DEMORA NO PAGAMENTO. CORREÇÃO MONETARIA. INCIDENCIA.

I – Celebrado acordo entre as partes para o pagamento da parcela da

indenização em moeda corrente, a demora na sua efetivação do ensejo a atualização monetária.

II – Daí a interpretação, pretendida pela autoridade impetrada, à cláusula nona do contrato implica, no caso, em transformá-la em cláusula leonina, o que não é admissível pelo Direito. Em razão dos elevados níveis de inflação, o retardo no pagamento da indenização, ao alvedrio da Administração, acarreta, em última análise, a sua supressão, desnaturando a essência do acordo.

III – Mandado de segurança concedido.

(MS 1902/DF, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/05/1993, DJ 14/06/1993, p. 11757)

Portanto, uma vez utilizada a via consensual, surge uma vinculação para a Administração, que não poderá se valer de atos unilaterais para desincumbir-se do pacto, tal qual um particular não pode deixar de observar regras contratuais nas suas relações de direito privado.

Uma última questão que reputamos fundamental para a ampliação do acordo na desapropriação é a vinculação da administração, em relação a outros particulares, a pactos anteriores.

Isso porque uma dos princípios que regem o Direito Administrativo é o princípio da isonomia, pela qual a Administração deve tratar de forma igualitária administrados em situação análoga. A contratualização das relações administrativas não dispensa sua observância.

Entendemos que se a administração celebra um acordo para desapropriar determinada área, o objeto do pactuado vinculará a Administração em casos futuros. Por exemplo, se a Administração concede prazo para desocupação, tal precedente administrativo poderá ser invocado por outro administrado. Acolhemos, na íntegra, o raciocínio de Onofre Alves Batista Júnior³⁹:

“Em síntese, nas transações administrativas, o simples fato de um administrado receber tratamento diferenciado, em virtude das circunstâncias que justificaram a transação, não implica ofensa ao princípio da isonomia, em especial se a Administração estender aos demais administrados que estiverem na mesma situação a possibilidade de tratamento idêntico. A “igualdade de oportunidades”, em atenção ao mandamento de “concordância prática”, no caso, afasta eventual presunção de lesão ao princípio da isonomia.

Assim, uma vez contratualizada uma relação jurídica administrativa, surge para os demais particulares em situação análoga o direito subjetivo de exigirem o mesmo tratamento da Administração.

³⁹ BATISTA JÚNIOR, 2007:133.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desapropriação representa um ato extremo de força estatal, o qual deve se amoldar ao modelo constitucional atual. Não é possível tentar interpretar as normas do Decreto-lei 3.365/41 hoje com base em concepções forjadas no contexto jurídico-político da época da sua edição.

Imperioso reconhecer, assim, que já não se vislumbra possível retirar a propriedade do particular sem garantir sua ampla participação no processo, por força do artigo 5º, inciso LIV e LV, não apenas após a declaração de utilidade pública, mas também antes, uma vez que é principalmente nessa fase que seu patrimônio e direito subjetivo é atingido.

O reconhecimento da inexistência de um interesse público supremo, estabelecido em lei e vinculando a administração, implica na busca de instrumentos e estruturas que permitam ao administrador alcançar, com eficiência, os fins elencados pela Constituição Federal e pelas Leis.

Nesse sentido, os contratos substitutivos de decisões unilaterais (ou contrato administrativo alternativo) se apresentam como um desses instrumentos, facilitando a atuação estatal, seja pela agilidade, seja pela colaboração do particular atingido por sua decisão.

A desapropriação por acordo se apresenta como um exemplo dessa busca de eficiência, sob a ótica da Administração e do particular atingido. Seu conteúdo não deve se restringir ao valor da indenização, mas sim albergar tudo aquilo que for possível para que o interesse público seja atingido com o menor impacto sobre o particular.

Uma vez celebrado o pacto, deve a Administração cumpri-lo, sob pena de se esvaziar seu conteúdo obrigacional e torna-lo apenas uma ficção, destituída de efetividade, estabelecendo um cenário de profunda insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato Administrativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BATISTA Junior, Onofre Alves. *Transações Administrativas*, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BEZNOS, Clovis. *Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CRETELLA Junior, José. *Comentários à Lei de Desapropriações*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 26ª Edição, São Paulo: Atlas, 2013.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*, 12ª Edição, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

RULLI Neto, Antonio; RULLI, Justine Esmeralda. *Segurança jurídica e ato administrativo*. In MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord). *Os Caminhos do Ato Administrativo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 6ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 19ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 4ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUZA, Rodrigo Pagani. *Desapropriação em favor de particular: proibição, limites e possibilidades*, in Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 3, n. 11, jan/mar, 2001, Belo Horizonte.